

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

Des fautes dans les contrats et les quasi-contrats

DROIT FRANÇAIS

Du renouvellement des inscriptions des privilèges
et des hypothèques

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-dessus
sera soutenu le Jeudi 24 Mai 1894, à 3 heures 1/2 du soir*

PAR

EUGÈNE DUPREZ

Président : M. CABOUAT, professeur.

Suffragants : MM. TOUTAIN, professeur;

GUILLOUARD, professeur;

GRANDMOULIN, chargé de cours.

LILLE

IMPRIMERIE LE BIGOT FRÈRES, RUE NATIONALE, 68

1894

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

A MON PÈRE

A MA MÈRE

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

Des fautes dans les contrats et les quasi-contrats

DROIT FRANÇAIS

Du renouvellement des inscriptions des privilèges
et des hypothèques

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-dessus
sera soutenu le Jeudi 24 Mai 1894, à 3 heures 1/2 du soir*

PAR

EUGÈNE DUPREZ

Président : M. CABOUAT, professeur.

Suffragants : MM. TOUTAIN, professeur;

GUILLOUARD, professeur;

GRANDMOULIN, chargé de cours.

LILLE

IMPRIMERIE LE BIGOT FRÈRES, RUE NATIONALE, 68

1894

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN

DES FAUTES DANS LES CONTRATS

ET LES QUASI-CONTRATS

INTRODUCTION

Développement historique de la notion de « FAUTE » dans le droit primitif de Rome

L'état social du peuple romain ne s'est transformé que par des modifications lentes et successives. Le Droit qui n'est que l'expression de cet état social a subi les mêmes transformations. De toutes les notions du droit, *celle de la faute* est assurément une des plus importantes au point de vue de l'histoire de la civilisation romaine. La *peine* qui la sanctionne, dit M. Von Ihering (1), « est le reflet de la pensée et du sentiment du peuple à une époque déterminée; elle donne le niveau exact de sa moralité, et semblable à une cire molle, elle reçoit et garde fidèlement l'empreinte de toutes les phases du développement moral de la nation. » Aussi est-il indispensable, pour arriver à déterminer exactement la sphère d'application de la faute dans le droit romain parvenu à son complet épanouissement, d'étudier cette notion dans le passé le plus reculé et de la

(1) De la faute en droit privé, traduction de M. O. Meulenaere, page 3.

suivre pas à pas, à travers toutes les vicissitudes de la législation, jusqu'au jour où elle est devenue ce qu'elle est encore aujourd'hui : la mesure générale de la responsabilité dans les divers rapports juridiques.

Le principe fondamental qui nous servira de base dans cette étude historique, nous le formulerons brièvement : *Point de peine sans faute*.

Il est incontestable que, dans une législation bien faite, le rôle de la justice doit consister principalement à maintenir dans tous les rapports juridiques l'équilibre entre la gravité de la peine et le degré de la faute. D'un autre côté, il est certain également que ce n'est pas le fait matériel du dommage qui oblige à la réparation du préjudice, mais uniquement la faute de la personne à qui on peut l'imputer.

« Ces propositions d'une éternelle vérité, l'humanité a dû les découvrir ; mais à l'origine de l'histoire, elles étaient loin de prévaloir : les commencements du droit nous montrent plutôt des règles et des institutions qui semblent leur donner un énergique démenti. » (1)

*
* *

L'abîme qui sépare notre conception moderne de la responsabilité des premiers rudiments de la législation romaine est immense. Les idées de

(1) Ihering, op. c. p. 9.

justice qui règnent aujourd'hui au sommet comme au bas de l'échelle sociale et qui sont devenues le patrimoine commun de toutes les nations civilisées étaient totalement inconnues lors de la fondation de Rome.

Nous avons peu de renseignements précis sur ces temps fabuleux, mais nous pouvons cependant affirmer que la première phase de l'histoire romaine nous offre le spectacle habituel de l'histoire à son origine : le règne de l'arbitraire et de la violence. Tout droit a son principe dans la vengeance brutale, matérielle. A cette époque reculée, les relations entre les hommes échappent à la surveillance d'un pouvoir social organisé ; les injustices qui se commettent, appellent toutes le même genre de répression, une répression violente, réaction naturelle du sentiment du droit lésé. Nous sommes là en face d'un système bien caractérisé, mais qui est en contradiction absolue avec les principes du droit romain de l'époque classique, le système de la vengeance, de ce mouvement physique, irraisonné qui pousse la victime d'un mal à réagir violemment contre l'auteur immédiat de ce mal. Celui qui se juge offensé, tire vengeance de cette offense comme il veut et comment il peut, soit seul, soit avec le concours d'autrui, sans connaître autre chose que le fait brutal duquel il a souffert, sous l'empire d'un ressentiment qui se mesure uniquement sur le dommage qu'il a subi.

Notons en passant que cette vengeance, au lieu de briser la force de l'injustice, ne faisait que la doubler en ajoutant à l'injustice qui existait déjà une injustice nouvelle.

Cette première phase dans laquelle la force individuelle est prépondérante et crée le droit, a existé incontestablement. Il est aujourd'hui acquis que tel a été le plus ancien état reconnaissable du droit romain.

Le peuple romain ne tarda pas à réaliser un premier progrès. Il abandonna peu à peu la passion sauvage, la vengeance aveugle pour arriver à une certaine compréhension, encore très éloignée, il est vrai, mais déjà perceptible, de la justice.

Dans cette nouvelle phase de la civilisation « ce n'était plus le hasard qui régnait à la place du droit, ce n'était plus la mesure de la force physique dont pouvaient disposer les parties contendantes qui faisait pencher la balance, mais déjà alors, bien que d'une manière imparfaite, l'idée du droit se réalisait. Celui qui, pour une injustice soufferte, était obligé de recourir à la défense privée, n'en était pas réduit à ses propres forces, débiles souvent, mais l'injustice provoquait dans le sein de la communauté la même réaction du sentiment juridique qu'en lui-même. La prépondérance de la force physique se jetait régulièrement du côté de celui qui avait droit. Le sentiment du droit a par lui seul l'instinct de se réaliser, et une violation de ce sentiment n'atteignît-elle, même immédiatement, qu'un individu isolé, réveille cet instinct, non seulement chez cet individu, mais chez tous les autres..... C'est la justice populaire qui fait respecter la *morale* populaire. (1) »

(1) L'esprit du droit romain, par Von Ihering, traduction de M. O. de Meulenaere, tome I, p. 122.

Il ne faut pas en conclure « que la raison pure puisse justifier la défense privée comme moyen ordinaire de poursuivre le droit (1) », mais il était intéressant de faire ressortir que ces mœurs bien différentes de celles d'un peuple en pleine maturité constituaient déjà cependant « un certain état juridique. »

Cette formation primitive du droit romain remonte plus haut que toute histoire écrite, dans la période de la communauté originaire de tous les peuples indo-germaniques. Il conserve, dans la forme qu'il avait aux temps les plus reculés de Rome, une analogie incontestable avec le droit qui apparaît six siècles plus tard chez les Germains. Mais le peuple romain ne tarda pas à laisser de côté les coutumes sauvages des Germains et à donner des preuves manifestes de son génie pour la culture du droit.

Nous arrivons à une autre phase de l'évolution du droit romain. Le règne de la force brutale n'est pas encore terminé, mais la communauté tend à s'organiser, le peuple romain va commencer son éducation morale.

*
* *

La période de formation de la Rome Royale a laissé de vagues souvenirs dans la tradition qui, incapable d'analyser la lente élaboration d'où est

(1) Bethmann-Hollweg, la procédure civile du Droit commun, t. I, p. 90, note 3.

sortie la cité romaine, en condensait les résultats dans une législation quelque peu imaginaire, divisée en deux parties et attribuée à deux auteurs, Romulus, législateur politique, et Numa, législateur religieux.

Il est difficile à cette époque d'établir une ligne de démarcation bien nette entre les crimes, les délits et les atteintes civiles. Les délits contre l'Etat, tels que la trahison, *proditio*, la révolte violente contre l'autorité suprême, *perduellio*, la violation de la paix publique étaient naturellement punis par l'Etat. Mais pour les délits qui portaient atteinte aux droits et aux biens des individus, il y avait hésitation et dans une certaine mesure, confusion entre trois systèmes de vengeance privée dont on a essayé d'expliquer la coexistence par la différence de tempérament des races qui constituèrent l'unité de Rome (1).

Ces trois systèmes étaient l'expiation sacrée, la vengeance privée, et la vengeance publique.

1° *L'expiatio*. — La religion exerce à l'origine une grande influence sur le droit criminel. Le délit et la peine apparaissent avec un caractère nettement religieux : le délit est considéré comme une offense à la divinité et la peine comme un moyen expiatoire. Les pénalités édictées révèlent l'intention, non pas de venger la société, mais de satisfaire les dieux outragés. La vie du corps social comme celle des individus était surveillée et protégée par des divi-

(1) Rein: Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus, Leipzig, 1844, p. 24 et suiv.

nités attentives et celui qui dérangeait par un crime le jeu des institutions attirait par là même sur sa tête la colère de quelque puissance céleste troublée dans son œuvre. Il fallait alors déterminer quel dieu avait été offensé, quelle expiation était propre à l'apaiser et dans quelle mesure la société devait intervenir pour dégager sa responsabilité en prêtant son bras à la vengeance divine (1).

Il suffit, pour se convaincre de cette idée, que la peine est à l'origine une expiation envers une divinité dont on a transgressé les lois, de lire le récit que nous fait Tite-Live (2) du jugement rendu au sujet d'Horace, vainqueur des trois Albains mais meurtrier de sa sœur Camille. Le père d'Horace cherchait vainement à attendrir le peuple en faveur du libérateur de Rome ; le peuple qui finit par se laisser fléchir ne se croit pas en droit de libérer complètement le meurtrier ; il ne peut le dispenser, ajoute l'historien, d'expier son fratricide par des simulacres de sacrifices, *piacularia sacrificia*.

Les expiations ordinaires, tels que vœux, offrandes, prières, suffisaient pour la répression d'un délit ou d'une faute légère ; mais les crimes proprement dits exigeaient des remèdes plus énergiques.

Les attentats contre la Religion et l'Etat, contre les personnes et les propriétés, commis avec connaissance de cause ne pouvaient plus être effacés par le sang des victimes ; les dieux refusaient toute

(1) Cicéron, pro Cœcinà, 34.

(2) I. 26.

substitution et réclamaient la personne même du coupable. Le devoir de la société était donc de retrancher ce citoyen du monde profane et de la « consacrer », c'est-à-dire d'en faire la propriété des dieux. Cette consécration d'une créature humaine, *consecratio capitis*, était opérée par le tribunal ecclésiastique des « pontifices » qui prononçaient une formule liturgique : *sacer esto*. L'homme ainsi consacré, ainsi mis hors de la loi, *exsecratus*, était une victime dont chaque citoyen pouvait se faire le sacrificateur (1).

Les offenses dont la sanction reconnue était la *consecratio capitis* étaient fort nombreuses. La violation du devoir résultant du rapport de fidélité entre un patron et son client; le mauvais traitement infligé par un père à son enfant; l'exposition ou le meurtre d'un enfant par son père, contrairement aux prescriptions de Romulus; le fait de déplacer en labourant ou d'enlever une pierre servant de limite, ou de tuer un bœuf servant au labour, tout cela était offense capitale.

La *sacratio* était d'ordinaire doublée de la confiscation de la fortune de l'offenseur, consacrée à des usages religieux, *consecratio bonorum* (2).

Constatons cependant que si les dieux de Rome vengeaient d'une main les injures qui leur étaient faites, ils pouvaient de l'autre octroyer légalement la grâce. Quiconque s'agenouillait devant le prêtre de Jupiter se mettait à l'abri de la vengeance du lésé; celui qui se réfugiait auprès de l'autel domes-

(1) Macrole III, 7, 5; Denys d'Halicarnasse II, 10, 74; V, 19, 70.

(2) Ihering, De l'esprit du droit romain, I. p. 278 et suiv.

tique échappait à la colère du chef de famille ; le criminel qui avait la bonne fortune de rencontrer une vestale en se rendant au lieu de l'exécution était pardonné.

2^o *Vindictæ privée*. — Pendant la période royale, la vengeance privée continua à être un pouvoir agissant. C'était un droit admis pour la *gens* ou les parents d'un homme assassiné, à l'époque de Numa, autrement il n'y aurait pas eu une loi de ce prince, pour disposer qu'en cas d'homicide par imprudence, l'offre qu'on leur ferait d'un bélier, devrait arrêter leurs mains (1). Venger la mort d'un parent était plus qu'un droit, c'était un devoir religieux, car ses mânes avaient besoin d'être apaisés.

Il est vrai d'ajouter qu'il s'est constitué de bonne heure des sortes de lois coutumières qui étaient relatives à la vengeance privée. Mais ces traditions encore vacillantes, ne firent que sanctionner le système formé sous l'influence des premiers instincts. Elles se bornèrent à déterminer les cas dans lesquels la vengeance était licite, où elle pourrait se produire sans en provoquer légitimement une autre, parfois aussi à en régler l'étendue. Elles ne la défendirent pas et surtout elles n'en changèrent pas le fondement. Il n'y faudrait chercher rien d'analogue à l'idée qu'exprime chez nous le mot d'*imputabilité*. La victime d'un mal ne connaît que le mal qu'elle a reçu. Elle ne s'occupe pas de l'intention de celui qui le lui a fait. Selon l'expression de M. Von Ihering, elle ne connaît que l'injustice objective, le

(1) Ihering. De la faute, p. 12.

dommage qu'elle a subi; elle ne s'occupe pas de l'injustice subjective, de l'intention coupable de l'auteur de ce dommage; ou plus exactement encore, elle voit une injustice subjective partout où il y a injustice objective.

A cette époque on admet que toute agrégation de personnes formant un milieu social, a le droit de punir ceux de ses membres qui se rendent coupables d'une atteinte envers la communauté. Ainsi le père de famille juge et punit, avec le concours des proches parents, les méfaits des membres de la famille qui sont soumis à sa puissance (1). Ainsi nous voyons les *gentes* sévir contre leurs membres coupables de félonie (2). Ainsi encore le grand pontife ou le roi, comme chef religieux, avait une juridiction pénale, qui comprenait le pouvoir d'infliger la peine de mort sur les personnes qui faisaient partie des corporations religieuses soumises à son autorité (3).

3^e *Vindicta publique*. — Lorsque la lésion juridique causée à la communauté avait le caractère de délit ou de crime, *delictum* ou *crimen publicum*, c'était logiquement le peuple entier qui en tirait vengeance, *vindicta publica*. Nous pouvons citer quelques exemples absolument probants de cet état de choses primitif. Le faux témoin était précipité de la roche tarpéienne par le peuple et chacun avait le droit de tuer *l'homo sacer*. Le voleur de moissons

(1) Valère Maxime II, 9, 2; Senèque, de Clementia I, 15.

(2) Pline H. N. XIV, 4, 2; Aulu-Gelle X, 23, 4.

(3) Tite-Live VI, 20; X, 23; Suétone, Tibère, 1.

était pendu et l'incendiaire brûlé. De même que de la vengeance privée dérivait l'action pénale privée, de même aussi de la *vindicta publica*, naquit l'action pénale publique *judicium publicum*. La justice sauvage du peuple fut donc remplacée par l'administration réglée de la justice criminelle. A l'époque de la loi des Douze Tables, cette transformation était déjà complètement réalisée pour la *vindicta publica*, alors que, comme nous le verrons plus loin, elle était seulement en voie de s'accomplir pour la *vindicta privata*.

*
* *

« Il est, dit Montesquieu, des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit; comme par exemple. qu'un être intelligent qui a fait du mal à un être intelligent mérite de recevoir le même mal. » (Esprit des lois, I, 1).

C'est au sujet de la loi du talion que Montesquieu faisait cette réflexion. Il semble la considérer comme dérivant du droit naturel. Cette loi fut admise dans le droit primitif de Rome comme base des lois pénales. Les décemvirs en avaient posé le principe dans la loi des Douze Tables, spécialement par rapport aux attentats contre les personnes :

Si membra rupit, ni cum eo pacit; talio esto. Et les jurisconsultes disaient à l'appui : « *Quis enim aspernabitur; idem jus sibi dici quod ipse alii dixit?* »

Rien de plus équitable en apparence, que cette

règle procédant de l'adage *par pari refertur*. On trouvait tout naturel qu'un individu fût puni du même mal que celui qu'il avait fait.

Remarquons en passant que le talion est un nouveau progrès sur le droit illimité à la vengeance. Il établit une règle qui n'existait pas à l'origine : le mal infligé ne peut être plus grand que le mal éprouvé.

Cependant il était fort difficile de déterminer dans quelle mesure pouvait s'exercer le talion, en cas de fracture d'un membre, par exemple. Aulu-Gelle nous fait part dans un texte fort intéressant des difficultés d'application auxquelles le talion donnait lieu.

Pour être juste, dit-il en substance, le talion ne doit être que l'exacte représentation du mal que l'on a éprouvé : œil pour œil, dent pour dent. Il faut que le blessé traite l'auteur de sa blessure absolument de la même manière qu'il a été traité lui-même, c'est-à-dire qu'il lui brise le même membre, sur le même point, par le même procédé, et sans qu'il en résulte de plus graves conséquences que celles qu'il a subies dans sa personne. Le coupable, en effet, n'est pas tenu de souffrir qu'on le blesse plus grièvement qu'il n'a blessé ; si la vengeance dépasse l'offense, il doit lui être permis de se venger à son tour, *retaliari* ; et comme en cette matière rien n'est moins aisé que d'établir de part et d'autre une compensation parfaitement équilibrée, il peut arriver que le talion naisse infiniment du talion et se perpétue de la sorte jusqu'à extinction des deux adversaires.

Et puis, quel moyen de rendre la pareille, lorsque, par exemple, la blessure n'a eu pour cause que l'imprudence ou un accident fortuit ? En pareil cas, le blessé ne saurait être autorisé, en bonne justice, à rendre volontairement et de propos délibéré le mal qui ne lui a été fait qu'imprudemment ou fortuitement : il ne peut, lui aussi, que blesser par imprudence ou par accident. Or, comment la chose est-elle possible ? (1)

C'est pourquoi on admit de bonne heure, et ceci est encore un nouveau progrès de la civilisation à constater, que l'agresseur pouvait se rédemir de la peine du talion en transigeant avec sa victime.

« Le lésé, dit M. Von Ihering (2), renonçait à exiger la peine du talion, moyennant le paiement d'une *composition* considérable, et sa soif de vengeance était tout aussi bien apaisée lorsque son adversaire était obligé de lui abandonner ce qu'il avait de plus précieux au monde, que s'il lui avait infligé quelques blessures graves. »

Les compositions étaient payées à l'aide de bétail, d'objets servant aux échanges, plus tard de monnaies. « Le montant de la composition était fort différent selon le cas. La fortune des deux parties, leur position, leurs rapports antérieurs, l'ardeur de la soif de vengeance, d'un côté, le degré d'opiniâtreté de l'autre, l'intercession de personnes amies et une foule d'autres considérations devaient exercer une influence déterminante » (3).

(1) Nuits attiques XX, I.

(2) Esp. du droit romain, I, p. 135.

(3) Esp. du droit romain, I, p. 137.

Ainsi, à mesure que les fortunes se développèrent à Rome et devinrent un élément de puissance, l'intérêt arriva à dominer le ressentiment : la victime d'une injustice consentit à faire la paix avec le coupable moyennant une rançon. Les lésions juridiques que les individus pouvaient éprouver soit dans leurs personnes, soit dans leurs biens, ne trouvèrent donc plus à cette époque leur correctif uniforme dans l'exercice de la justice privée.

Selon les cas, selon le gré de l'offensé, et aussi de l'offenseur, il y avait vengeance ou transaction. C'est là une phase de la vie juridique à laquelle se sont attardés durant des siècles beaucoup des peuples les mieux doués, à laquelle en sont encore aujourd'hui non seulement des tribus sauvages de l'Afrique ou de l'Océanie, mais des populations de notre race et de notre sang, ainsi les Slaves du Sud, séparés de la civilisation européenne par la largeur de l'Adriatique (1).

Cette phase, les Romains l'ont vite dépassée ; mais ils l'ont parfaitement connue. C'est elle dont le nom subsiste dans le mot *ποινή*, *pœna*, dont le sens originaire est composition, rançon, paiement (2). C'est d'elle que parlent les textes qui permettent au voleur et au volé de *pacisci de furto*, de *damnum decidere pro fure* (loi 7, p. 14 D. l. 2, t. 14 ; loi 7, pr. D. l. 13, t. 1 ; Gaius, IV, 37). Et la meilleure preuve de l'antiquité de cette transaction à Rome est peut-être le fait que le simple pacte, en prin-

(1)-Albert Dumont. Le Balkan et l'Adriatique, 1874, p. 211.

(2) Ihering, I, p. 135, note 53 ; Fustel de Coulanges. Institutions politiques de l'ancienne France. I, 2^{me} éd. 1877, p. 342, note 3.

cipe impuissant à éteindre civilement une obligation, éteint ici *ipso jure* les obligations civiles nées de délits (loi 17, p. 1 D. l. 2 t. 14). La règle est née à une époque où il n'y avait que de l'*ipsa jura*, et l'on pourrait même dire que le mode d'extinction est ici plus ancien que la créance, car le pacte a servi à éteindre l'antique droit de vengeance avant de servir à éteindre le droit à une somme d'argent qui finit par le remplacer. C'est le seul rôle qu'il joue à notre époque où l'arrangement est encore exclusivement volontaire. Jusqu'ici le taux de la composition n'est pas fixe, puisqu'il dépend de l'arbitraire de l'offensé qui peut toujours la refuser. Mais ce procédé va disparaître dans la dernière période de l'évolution du système de la vengeance privée, dans la période des *compositiones legales*.

* * *

Avant de déterminer les conséquences résultant de l'inexécution d'une obligation, une question préliminaire se pose : Quand et comment s'est formée la notion d'obligation ?

Ce serait un langage défectueux que de parler, pour l'époque royale, d'un droit des obligations dans le sens où ces mots s'entendirent dans la jurisprudence postérieure. La notion d'obligation suppose, en effet, un état de civilisation relativement avancé ; elle appartient, dit M. Cuq (1),

(1) Institutions juridiques des Romains, Paris, 1891, p. 230.

à une époque où les relations d'affaires se multiplient et où l'argent devient l'élément normal des transactions. Faut-il en conclure que les actes qui remplissent nos codes modernes, tels que vente, louage, gage, mandat, etc., et en l'absence desquels la vie sociale semble ne pouvoir exister, étaient inconnus aux Romains des premiers siècles? On peut répondre affirmativement pour un grand nombre de ces actes qui n'avaient pas de raison d'être pour un peuple adonné uniquement aux travaux de l'agriculture, mais il faut ajouter que déjà à l'époque royale, certains contrats, très imparfaits il est vrai, étaient d'un usage courant. On devait, évidemment, louer ses services, mais le louage était restreint à des prestations d'un ordre peu élevé, *opera locari solita*. De même, l'échange qui, d'après les textes, remonte à la plus haute antiquité (§ 2 Inst. l. 3 t. 23; loi 1, pr. D. l. 18, t. 1) devait également avoir lieu, mais il ne portait que sur le bétail et les céréales. Le troc, — car à cette époque là monnaie n'était point usitée, — ne crée point d'obligation, car la délivrance instantanée d'un objet contre un autre complète immédiatement la transaction. Si les actes qui sont réalisés aussitôt que conclus n'avaient pas besoin de protection du droit, il ne pouvait en être de même pour une certaine catégorie d'actes tels que l'emprunt, le transport de marchandises, etc., etc. Pour ces actes, l'une des parties devait forcément s'en remettre à la bonne foi de l'autre. La formation de ces rapports contractuels était uniquement une question de confiance. La *Fides* était en grande

vénération à Rome (1). Une fois donnée et acceptée, la parole devait être « sacrée et immuable comme celle du maître des dieux ». Certains auteurs font même de cette bonne foi une véritable religion, ayant son sanctuaire dans le for intérieur de l'homme, *sacri sibi conscia pacti religio* (Valer, Flac. 8). La violation de la foi promise était sévèrement punie. Celui qui avait manqué à ce « devoir d'honneur » était voué au mépris public et était condamné par sa *gens* à des pénalités religieuses et pécuniaires.

Un serrement réciproque de la main droite à la manière des rois, lorsqu'ils formaient entre eux un traité d'alliance, *foedus*, complétait ordinairement la promesse. De là les expressions *fidem et dextram dare* qui sont équivalentes (2).

Parfois on sanctionnait la promesse labiale par un serment solennel, *fidem suam jurejurando alligare*.

Cicéron nous parle à maintes reprises de la sainteté du serment et de sa puissance à attacher les hommes à leur parole. « *Nullum enim vinculum ad adstringendam fidem jurejurando majores artius esse voluerunt* (3) ». Dès que la parole était engagée, il n'était plus permis de s'en dédire, on était enchaîné par sa propre volonté, on devait tenir sa promesse et ses serments jusqu'au bout. Il était d'usage de le prêter la main sur l'autel domestique et plus souvent, sur l'autel d'une divinité, particulièrement sur l'autel d'Hercule, *ara maxima*, situé

(1) Cicéron, *De officiis*, I, 7.

(2) Pline H. N. XI, 45, 250.

(3) *De officiis* III, 31.

au marché aux bestiaux (1). La violation de la promesse confirmée par un serment avait pour effet de faire encourir la colère du dieu que l'on avait pris à témoin. Aulu-Gelle constate la rareté de l'inexécution d'une convention commencée sous l'œil et en présence d'une divinité, *deo teste* (2). Les questions de parjure étaient de la compétence des pontifes. Plus tard la loi des Douze-Tables vint ajouter une peine civile à la peine religieuse. Cette seconde peine était infligée par le censeur qui, en même temps, déclarait le parjure « *improbus et intestabilis* ».

« Dans cette phase, dit M. Muirhead (3), la violation du contrat, comme telle, ne servait pas de base à une action en dommages-intérêts ou en réparation devant les tribunaux, mais il n'est pas improbable que dans le cas où un préjudice effectif avait été éprouvé, la partie lésée était autorisée à se faire immédiatement justice à elle-même en s'emparant de l'auteur du dommage et de ses biens. S'aider soi-même était dans l'esprit du temps ; non-seulement se défendre soi-même en présence d'un danger imminent, mais aussi prendre des mesures offensives pour réparer des torts déjà réalisés ».

*
* *

Ecrite au milieu d'une transformation sociale,

(1) Denys d'Halicarnasse I, 40; Virgile *Æn.* XII, 201.

(2) I, 40.

(3) Historical introduction to the private Law of Rome (traduction française par M. Bourcart, Paris, 1889, p. 63 et suiv.)

la législation des Douze-Tables n'est plus le droit primitif, mais elle en garde de nombreuses traces. Ce droit encore très imparfait n'est qu'un droit transitoire, d'où sortira à l'aide de la civilisation croissante le droit prétorien (1).

La dernière phase que nous avons à examiner, celle des compositions légales, est encore là une phase à laquelle ni à Rome, ni ailleurs on n'est parvenu d'un seul coup. Ainsi à Rome, à l'époque des Douze-Tables, on est en pleine transition.

A cette époque les actes mauvais les plus graves constituent des délits publics réprimés par l'État (2). Dans les autres délits, dans les délits privés, on exige parfois, outre le fait matériel, un élément intentionnel, ainsi dans le vol et l'injure, mais on ne tient pas compte du degré de culpabilité pour le calcul de la peine. Un fait acquis, c'est que le châtimement n'est plus livré à l'arbitraire de la victime : elle a un droit et non pas un autre, un droit délimité qu'elle ne peut excéder. Mais ce droit ne porte pas encore partout sur une amende, sur une composition légale.

Il porte sur une composition légale pour le vol non flagrant, pour certains dommages matériels, pour certaines injures. Mais, pour le vol flagrant, le droit de la victime est d'obtenir l'attribution du coupable ; pour l'injure par rupture d'un membre, c'est de lui infliger le talion, à moins qu'on n'arrive à un arrangement, *ni cum eo pacit talio esto*, disent les Douze-Tables, pour l'injure. Dans les deux cas,

(1) Fustel de Coulanges. Cité antique, 6^e édition, p. 372.

(2) Mommsen. Droit public romain, I, p. 181.

la composition est encore volontaire, laissée à la discrétion de la victime (1).

Ce qu'il faut bien remarquer ici, c'est l'intervention du pouvoir social pour déclarer à la victime d'un fait illicite qu'elle devait se contenter dans un certain nombre de cas du paiement d'une valeur déterminée ; pour déclarer à l'auteur du fait qu'il devrait opérer le paiement et qu'il l'y contraindrait : par conséquent l'obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite était, pour ainsi dire, née. Mais notons également que le fondement du droit n'a pas changé. Cette amende à laquelle a droit la victime d'un acte illicite, c'est toujours la rançon du coupable, l'expression dernière du droit de vengeance. Cependant, bien que l'auteur du fait doive payer une *pœna*, somme destinée à acheter la paix et mesurée sur le degré d'irritation éprouvée par la victime, on peut déjà entrevoir dans cette transformation l'obligation à la réparation du dommage.

Quoi qu'il en soit, les conditions requises pour obtenir réparation d'un dommage causé n'ont pas varié ; elles sont encore les mêmes que dans la période où la vengeance privée pouvait librement s'exercer : l'accomplissement d'un acte contraire au droit, l'existence d'un tort causé à autrui. On ne se préoccupe nullement de la culpabilité de l'agent : peu importe que le tort ait été commis par un être humain ou par un animal, qu'une blessure ait été faite intentionnellement ou par négligence.

Dans cette période, l'injustice est toujours appré-

(1) Gaius. III, 189; III, 223.

ciée non d'après sa cause mais d'après son effet, non d'après des circonstances qui ont leur siège dans la personne de l'auteur, mais uniquement au point de vue du lésé (1).

L'ancien droit romain ne fait donc pas intervenir l'élément de faute dans la comparaison des diverses injustices. Il ne fait pas de distinction entre « l'injustice subjective qui est une lésion coupable et l'injustice objective qui est une lésion non coupable du droit. » Dans le premier cas il y a un préjudice volontairement causé à autrui ; dans le second cas, il y a également un dommage causé à autrui, mais un dommage causé sans la volonté de son auteur. Dans l'un et l'autre cas, la victime surexcitée par la passion qui la pousse à la vengeance, exige l'expiation de l'auteur du dommage. Peu importe que ce soit l'intention ou la négligence ou même le hasard qui ait dirigé le bras de l'auteur du mal, le résultat est le même.

Lorsque la passion règne dans le droit, il ne faut pas s'étonner qu'on perde de vue la culpabilité de l'agent. C'est pourquoi l'auteur d'une lésion corporelle, fût-il innocent ou coupable, subit la peine du talion ou est soumis à la composition forcée, lorsque celle-ci eut remplacé la première peine. C'est pourquoi encore celui qui, à la suite d'une visite domiciliaire pratiquée chez lui était trouvé détenteur d'une chose volée, était passible de la peine du triple, sans distinguer s'il avait eu connaissance ou non du vol (2). La loi des Douze-

(1) Ihering, De la faute, p. 10.

(2) Gaius III. § 187.

Tables punissait même le vol des mineurs sans se préoccuper s'ils avaient agi ou non avec discernement. Étant donné cet aveuglement de la passion, on arrive à s'expliquer comment « la mesure d'après laquelle l'ancien droit apprécie l'injustice est uniquement celle de la lésion et de l'irritation qu'elle a produite chez celui qui se sent lésé. Le voleur découvert après coup, en est quitte avec la peine du double; le voleur, pris sur le fait, perd la liberté; s'il se défend ou s'il vole pendant la nuit, on peut le tuer. Pourquoi cette différence, lorsque la culpabilité est, pour le reste, complètement la même? C'est que l'un s'est heurté contre l'emportement et l'impétuosité du premier sentiment, tandis que l'autre profite de l'influence apaisante du temps et de la joie du propriétaire de retrouver une chose qu'il avait déjà plus ou moins considérée comme perdue. Telle est aussi la source de la criante injustice de la peine du débiteur insolvable et du *fur nec manifestus*, car là encore une fois, le propriétaire perd ce qui lui revient, tandis qu'ici il le retrouve avec avantage. En un mot, c'est la voix du lésé seule qui dicte à l'ancien droit ses dispositions; c'est la justice au point de vue uni latéral de celui qui a souffert une lésion de son droit (1). »

Nous avons tenu à² citer textuellement M. Von Ihering pour ne pas déflorer sa pensée et aussi pour mieux faire ressortir le principe qu'il a si bien dégagé : la victime d'un dommage se venge de l'acte qui lui a nui, quand bien même il aurait été involontaire. Elle s'en prend à la personne qui

(1) Ihering, Esp. du droit romain I. 129.

a commis le tort, de la même façon que l'enfant s'en prend au caillou qui l'a fait tomber.

Ce principe qui atteste l'absence de toute appréciation de la faute dans l'ancien droit, nous en retrouvons les vestiges non-seulement dans le droit criminel, mais encore dans le droit religieux, dans le droit civil et la procédure. Nous pouvons ajouter que ce principe recevait son application, même lorsque l'auteur immédiat du mal n'était pas susceptible de vouloir, n'était pas un être humain, par conséquent même pour les animaux et les objets inanimés.

Pour ce qui concerne le *droit criminel*, la démonstration de notre principe n'est plus à faire ; les exemples que nous avons cités précédemment en démontrent l'exactitude.

M. Mommsen (1) a parfaitement expliqué, en ce qui concerne le *droit religieux*, comment l'auteur d'une légère infraction, fût-il coupable ou innocent, devait en subir les conséquences. Il y a toute une série d'hypothèses dans lesquelles le fait matériel suffit pour faire encourir une peine : la violation d'un *locus sacer* ou *religiosus*, le détournement d'un objet mobilier consacré aux dieux supérieurs ou son emploi à des usages profanes (2), etc. Ainsi encore celui qui, même par simple imprudence, commet un *piaculum*, c'est-à-dire enfreint les prescriptions du *fas*, doit payer un *piamentum* (3).

Pour le *droit civil* nous pouvons multiplier les

(1) *Römisches Staatsrecht*, 3^{re} édition, II, p. 51.

(2) Tite-Live, XXIX, 8, 19 ; XXXI, 42, 13.

(3) Macrobe, *Saturnalia* I, 16 ; Varron, de L. L. VI, 4. 30.

exemples : Le vendeur, qu'il ait su ou non que la chose vendue appartenait à autrui, répond du double en cas d'éviction de l'acheteur (1). L'action *de tigno juncto* permet au propriétaire des matériaux d'obtenir le double de leur valeur, même lorsque le constructeur est de bonne foi (2). Le débiteur qui tombe en déconfiture, même à la suite de malheurs dont il n'est pas responsable, est attribué, *addictus*, au créancier qui l'emmène et le tient en prison, *in carcere privato*, jusqu'à l'entier acquittement de la condamnation (3). L'infamie, conséquence ordinaire de la *bonorum venditio*, épargne la mémoire du maître qui s'est endetté, mais elle atteint l'esclave institué héritier par son maître insolvable, bien que personnellement l'esclave n'ait commis aucune faute (4). Dans le droit primitif des Douze-Tables, l'héritier nécessaire était soumis à des voies d'exécution personnelles encore plus rigoureuses que l'emprisonnement : il pouvait être vendu *trans Tiberim*, ou être partagé en morceaux par les créanciers.

Nous arrivons à la *procédure*. C'est ici surtout qu'on retrouve le plus de traces de la conception antique qui ne fait aucune différence entre l'innocent et le coupable. Dans bien des circonstances, l'ancien droit applique le même principe : L'élément de faute est mis à l'écart, la partie succombante est soumise à une peine sans distinguer

(1) § 3 Sent. Paul l. 2 t. 17;

(2) Vangerow : Lehrbuch der Pandekten I, § 300.

(3) Gaius III, § 189; Cicéron Pro Flacco, 20.

(4) Gaius II, p. 154.

si elle a agi avec conscience ou non. Le fait extérieur entraîne par lui-même la peine, sans qu'il soit fait de rapprochement entre l'acte et la volonté de son auteur.

La peine, il est vrai, n'est parfois exigée que quand la mauvaise foi est prouvée, par exemple pour l'infamie, le *judicium calumniæ*. Mais nous pouvons citer de nombreux exemples qui viennent corroborer notre assertion :

1° Dans la procédure *per sacramentum*, la partie qui succombe pour quelque motif que ce soit, doit payer au trésor, à titre de peine, le *sacramentum* (1).

2° Une peine qui frappe indifféremment l'une ou l'autre partie est celle qui résulte de la *sponsio* suivie de *restipulatio*. Voici comment on procédait : Les plaideurs se promettaient réciproquement une certaine somme ; mais chaque promesse était subordonnée à la condition que le stipulant gagnerait son procès, en sorte que par l'effet du jugement, l'une devenait obligatoire et l'autre s'évanouissait. La *sponsio pœnalis* était usitée dans l'action de *pecunia constitutà* et dans la *condictio certæ pecuniæ* ; le taux était de la moitié de l'intérêt litigieux dans la première de ces actions ; du tiers, dans la deuxième. Il est probable que la *sponsio* fut usitée dans d'autres cas. La *sponsio* n'est que facultative (2) mais sans doute il suffit que l'une des parties l'exige pour que l'autre ne puisse s'y soustraire. Ainsi la peine encourue par le plaideur qui succombe est absolument indépendante de sa bonne ou de sa

(1) Gaius IV, §§ 14 et 16.

(2) Gaius IV, § 171.

mauvaise foi : elle est la conséquence forcée de son échec (1).

3° Dans la procédure de l'interdit *uti possidetis*, le magistrat ouvre des enchères entre les plaideurs pour savoir quel est celui d'entre eux qui, en fait, possèdera la chose pendant le litige, qui, par conséquent, pourra provisoirement s'en servir et en recueillir les fruits. La possession provisoire est attribuée à celui qui offre la somme la plus forte et qui la promet avec satisfaction à son adversaire. Si le possesseur intérimaire succombe, il devra non seulement restituer la chose et les fruits, mais encore payer à titre de peine la somme promise, *fructuaria stipulatio* (2).

4° Le *contrarium judicium* est une peine spécialement applicable au demandeur qui est débouté ; il ne suppose en aucune façon la mauvaise foi du demandeur, contrairement au *judicium calumniæ*. Il est soumis au même juge et en même temps que l'action principale, il est du cinquième ou du dixième suivant les cas (3).

5° Dans la *legis actio per manus injectionem* le *judicatus* qui conteste l'exactitude ou la validité du jugement, peut repousser la *manus injectio*, mais à la condition de fournir immédiatement un *vindex*. Si ce tiers qui fait l'affaire sienne succombe, il est condamné au double.

6° Nous pouvons citer également les actions *quæ infitiatione duplantur*. Elles sont données

(1) Gaius IV, § § 13 et 180.

(2) Gaius IV, § § 166 et 170.

(3) Gaius IV, § § 177 et 178.

au double uniquement parce que le défendeur conteste le fait allégué ; ce que l'on punit du double, ce n'est pas le fait d'où dérive l'action, mais la négation de ce fait, *infitiatio*.

M. Von Ihering cite encore deux cas pour lesquels nous faisons des réserves :

7° Dans l'ancienne procédure de la revendication, celui des plaideurs qui a obtenu la possession provisoire de la chose litigieuse, *vindiciae*, doit *si vindiciam falsam tulerit*, restituer non seulement la chose mais encore le double des fruits.

Dans cette hypothèse la perte du procès ne suffit pas pour entraîner la peine ; la mauvaise foi, à notre avis, doit être prouvée.

8° M. Von Ihering (1) signale encore comme une peine injuste la perte complète du procès, pour le demandeur, dans le cas de *plus petitio*. La déchéance que la *plus petitio* fait encourir au demandeur n'a pas le caractère d'une peine ; elle n'est qu'un résultat fatal et en quelque sorte mathématique du mécanisme de la procédure.

Quoi qu'il en soit, d'une manière générale on peut dire que la partie qui succombe est punie comme si elle avait eu tort de solliciter l'intervention du juge pour trancher un différend où elle croyait le bon droit de son côté.

Poursuivons l'examen de notre démonstration et examinons les dommages causés par un *animal* ou une chose inanimée appartenant à autrui.

Ici le dommage étant l'œuvre d'un être sans raison et sans responsabilité, il exclut forcément

(1) De la faute, p. 16.

toute idée de dol ou de faute, en d'autres termes il ne contient pas de violation du droit, *injuria*.

Cependant, « les animaux et les choses inanimées doivent répondre du dommage qu'ils ont occasionné, en ce sens, du moins, pour les choses, que le lésé pouvait les retenir lorsqu'elles tombaient entre ses mains (loi 9, p. 3, D. l. 9, t. 2), tandis qu'il avait le droit d'obliger le propriétaire à lui livrer les animaux pour se payer du dommage qu'il avait souffert. » (1).

Suivant M. Von Ihering (2), cette règle est une conséquence fatale de l'état intellectuel de cette époque qui fait considérer tout mal comme motivant une vengeance, sans que l'on s'attarde à se demander si l'auteur immédiat du mal a agi volontairement ou même est susceptible de volonté.

Les jurisconsultes de l'époque classique arrivèrent plus tard à modifier la règle primitive en y faisant intervenir l'idée de la faute. Ils distinguèrent suivant que l'animal avait causé le dommage *secundum* ou *contra naturam sui generis*. Dans le premier cas, le propriétaire doit abandonner l'animal; il ne le doit point dans le second cas. Quand le principe de l'imputabilité a été appliqué partout, on a voulu le transporter dans le domaine de la *pauperies*. C'est alors qu'on a inventé cette distinction qui ne peut se justifier, dit M. Vangerow (3), que par la volonté de fonder l'action sur une faute de l'animal.

(1) De la faute, p. 14.

(2) Esp. du droit romain I, p. 132.

(3) Pandekten, III, p. 597.

*
*
*

Dans la période de l'ancien droit que nous venons de parcourir, nous nous sommes efforcé d'établir que lorsque la passion règne dans le droit, l'élément de faute n'est pas apprécié à sa juste valeur dans les divers rapports juridiques. Nous allons essayer maintenant de faire ressortir la *prépondérance de la peine* dans l'ancien droit.

La victime d'un mal ne se contente point de la simple réparation des conséquences dommageables de l'injustice ; elle exige, en outre, pour donner satisfaction à son désir de vengeance, une peine. « La peine plane sur le droit ancien tout entier ; tout rapport juridique se complète par une peine, soit qu'elle s'y rattache directement, soit qu'elle en devienne une conséquence, lorsque le rapport devient l'objet d'une action. Il ne faut pas demander où la peine existait, mais plutôt où elle faisait défaut. Toute injustice, qu'elle fût dirigée contre la chose ou contre la personne, pouvait et devait être rachetée avec de l'argent... Celui qui ne savait pas payer expiait au moyen de sa personne » (1).

À l'époque de la loi des Douze-Tables, la plupart des délits étaient tarifés. Ainsi, la peine était de 300 as ou de 150 as pour les lésions corporelles graves, suivant qu'il s'agissait d'un homme libre ou d'un esclave ; elle était de 25 as pour les autres injures. Le fait d'avoir coupé les arbres d'autrui était passible d'une peine de 25 as (2).

(1) Ihering, De la faute, p. 19.

(2) Pline, H. N., ch. I. § 17.

Cette tarification n'était pourtant pas applicable dans tous les cas. Lorsque le tort consistait en une atteinte à la propriété, la fixation uniforme du taux de la rançon avait des inconvénients : le chiffre pouvait en être inférieur à la valeur de la chose. Il était de règle que la peine devait consister dans un certain nombre de fois la valeur de la chose lésée : le double, le triple, par exemple dans l'action *furti nec manifesti*, dans l'action *furti concepti et oblati* ; dans les actions contre les usuriers, dans la *dedicatio* d'une *res aliena in sacrum*.

Ou bien encore la peine consistait dans l'addition d'une autre quantité à la valeur de la chose lésée. Ainsi l'*actio legis Aquiliae* ne tendait pas à l'origine à des dommages intérêts mais à la valeur de la dernière année (§ 10 Inst. l. 4 t. 3).

Dans tous ces cas, la peine avait en même temps le caractère d'une amende et celui d'une indemnité.

A l'époque de la loi des Douze-Tables il y avait cependant exception dans deux cas : le cas de vol manifeste et le cas d'injure par rupture d'un membre. Ces exceptions finirent par disparaître à mesure que le système des compositions légales se généralisa. Pour le vol manifeste, la composition fut fixée au quadruple et pour l'injure par rupture d'un membre, elle fut remise à l'évaluation de l'autorité judiciaire (1).

Dès lors la victime d'un acte illicite n'a plus le droit de se venger ni à sa façon, ni suivant les règles de la loi. Dans tous les cas, elle a droit à

(1) Gaius III, 189, 224.

une composition légale, le délit fait naître à son profit une créance, une créance d'amende.

Bien souvent le législateur fixait lui-même le montant de la rançon pour que les exigences de l'offensé n'en rendissent pas le paiement impossible ou trop onéreux.

Ce n'est pas seulement dans les délits, mais dans les autres parties du droit que l'on trouve des sommes fixées d'avance et égales pour toutes les personnes et pour tous les cas. Ainsi dans la *legis actio per sacramentum*, le plaideur qui succombe payait au trésor une peine de 50 ou de 500 as, selon que l'objet du litige était inférieur ou au moins égal à 1000 as. Ainsi encore la loi Furia décidait que nul ne pourrait recueillir un legs supérieur à 1000 as sans être passible d'une peine égale au quadruple.

Si nous avons fait cette longue énumération, c'est surtout afin de bien faire ressortir que le droit romain antique s'était efforcé d'établir le principe de l'égalité devant la loi, même dans l'application de la peine. Mais l'égalité apparente que l'on y trouve pouvait conduire en fait à la plus grande inégalité. Il suffit de faire remarquer, pour comprendre la portée de cette observation, que dans l'ancien droit, le plus riche aussi bien que le plus pauvre n'avait à payer ou à recevoir que 25 as pour une injure et que la plus grande différence dans la position de fortune était sans influence sur le maximum des legs fixé par la loi *Furia*. Il faut voir dans cette tendance égalitaire de l'ancien droit, une manifestation éclatante de la conquête de l'égalité politique par les plébéiens.

L'ancienne théorie est évidemment injuste ; elle est le contre-poids de la célèbre maxime : *Summum jus summa injuria*.

Cette tendance égalitaire de la loi qui, au lieu d'accorder des dommages-intérêts à liquider dans chaque cas particulier, en fixe d'avance le quantum, nous la retrouvons dans d'autres rapports juridiques. Ainsi un grand nombre d'actions *rei persecutendæ gratia* tendaient de prime abord à obtenir le double. Par exemple l'action *de distrahendis rationibus* qui suppose un détournement commis par le tuteur au préjudice du pupille emporte condamnation au double de la valeur des choses détournées.

La moitié de cette somme est destinée à indemniser le pupille ; l'autre moitié constitue une peine. Ceci prouve incontestablement que les Romains faisaient valoir l'idée de peine, même dans des actions qui avaient uniquement en vue d'obtenir la simple réparation du dommage. Il nous paraît étrange, si nous considérons les principes de notre droit actuel, que la réparation d'un dommage puisse être représentée comme une peine. Mais cette singularité s'explique par ce fait que nous avons déjà signalé, à savoir que les peines privées du droit romain apparaissent comme des amendes fixées par la loi ou par la coutume au moyen desquelles on *pouvait* et *devait* racheter la vengeance privée en usage dans l'origine. Cette considération explique pourquoi les actions pénales du droit nouveau ne peuvent pas être dirigées contre les héritiers de l'auteur, même en tant qu'elles ont pour objet la simple

réparation du dommage » (1). Elles ne pouvaient être dirigées contre les héritiers que *in quantum ad eos pervenit*.

Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que l'idée primitive de la vengeance personnelle qui motive la *pœna* due par l'auteur à la victime du fait illicite, n'a jamais complètement disparu du droit romain.

Nul peuple ne poussa plus loin que les Romains le respect des vieilles lois et des traditions antiques. C'est à ce respect même que nous devons bon nombre des subtilités des jurisconsultes ; ils exerçaient leur sagacité à tourner les exigences du législateur devenues intolérables, à accommoder aux usages et aux choses du temps présent des textes faits pour une autre époque. Aussi ne faut-il pas s'étonner si, à côté de l'idée ancienne, est venue peu à peu se placer une idée nouvelle qui a dû être le point de départ d'une autre évolution.

Lorsque l'esprit de communauté se développa davantage et que les intérêts communs se multiplièrent, à côté de l'idée de justice entre particuliers se fit jour l'idée de justice vis-à-vis de la communauté en général, la conception de l'intérêt social. On admit alors que la peine devait être instituée non seulement pour la satisfaction d'une vengeance impuissante à révoquer le fait accompli, mais surtout en vue d'arrêter, dans un intérêt d'exemple et de moralisation, la propagation des délits. La société, intéressée à ce que la justice fût observée dans les rapports entre les hommes, distingua les

(1) Ihering, *Ésp. du droit rom.* I, p. 40.

délits commis contre les particuliers des contrats ou quasi-contrats auxquels il furent longtemps assimilés au point de vue de la répression purement civile. Elle soumit les délits privés à une double peine : l'une infligée dans l'intérêt commun, l'autre dans l'intérêt privé de la partie lésée. Ces deux intérêts sont demeurés enchevêtrés dans nombre de cas, et dans la même action appartenant à la même personne, les jurisconsultes romains faisaient prédominer tantôt l'intérêt privé, tantôt l'intérêt social.

Les jurisconsultes romains qui étaient arrivés à distinguer l'intérêt social de l'intérêt privé, pour certains délits, les plus graves, qui furent assimilés aux délits publics, *judicia publica*, et frappés au nom de la société d'une peine corporelle, ne corrigèrent pas les abus de l'ancienne législation au point de vue des effets de la réparation et de la peine. Ainsi quand l'acte était de ceux pour lesquels la société commençait à s'émouvoir, à l'amende poursuivie par l'action de la partie lésée, indépendamment de la réparation du dommage, s'adjoignait un châtiment public : en sorte que le coupable pouvait subir deux peines pour une seule faute, tandis que la victime, profitant de l'amende, recevait deux indemnités pour un seul dommage. Les jurisconsultes ne s'aperçurent pas que si la justice exige qu'un individu ne souffre pas un dommage par suite d'un délit, et puisse obtenir réparation, la justice n'exige pas et la morale réprouve qu'il s'enrichisse aux dépens du coupable.

Le droit romain n'acheva jamais son évolution sous ce rapport. C'est le droit moderne seulement

qui a dû mettre la dernière main à cette œuvre incomplète en distinguant l'action publique qui tend à l'application de la peine et l'action civile qui tend uniquement à la réparation du dommage.

Nous avons terminé l'examen des diverses phases de l'ancien droit en ce qui concerne le rôle et l'importance de la *pœna* dans le droit criminel. Nous avons déjà dépassé de beaucoup le cadre ordinaire d'une introduction ; nous sommes forcé de nous restreindre dans ce vaste sujet. Nous laisserons inachevée notre étude historique de la responsabilité en droit civil ; nous nous occuperons spécialement des conventions qui ont donné naissance aux contrats et quasi-contrats de la période classique et nous espérons parvenir à démontrer que dans le droit primitif de Rome l'élément de faute est absolument étranger à ces rapports contractuels.

* * *

A l'époque de la loi des Douze-Tables, la notion abstraite d'obligation est encore étrangère au droit romain, on connaît seulement l'*état d'obligé*.

Cet état est celui d'un citoyen qui est retenu par son créancier et chargé de chaînes faute d'avoir acquitté une dette, dette qui pouvait provenir soit d'un fait illicite entraînant une peine pécuniaire, soit d'un acte juridique contenant une déclaration solennelle en forme de *damnatio*.

Il n'y a donc pas possibilité de rechercher ici les sources des obligations ; la seule énumération qu'il

serait possible de faire, serait celle des cas dans lesquels une personne pouvait être enchaînée pour dettes. Nous ne nous y arrêtons pas ; notre seule préoccupation en terminant cette étude historique consistera à démontrer que la notion de la « *culpa* » reste complètement inconnue dans le domaine du droit civil, tant que les contrats demeurent à l'état de simples devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens et n'ont qu'une sanction purement morale.

Dans la période des Douze-Tables, les échanges qui font naître les contrats continuèrent à être très limités. L'industrie et le commerce étaient peu développés, l'agriculture était toujours l'occupation de la grande majorité, on commençait à se servir de l'argent comme moyen de circulation. Toutes les conventions étaient verbales (1), ainsi que l'atteste cette disposition du code décemviral :

Quum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto.

On s'engageait par une formule sacramentelle à laquelle se joignait, selon les cas, une démonstration matérielle et symbolique, telle que l'emploi de *l'æs et libra*, dont on usait même dans les contrats les plus étrangers à ceux qui comportaient le pesage d'espèces métalliques.

Souvent les engagements verbaux se contractaient par cette simple demande de l'une des parties à l'autre : *Spondes-ne ?* Promettez-vous ? et par cette réponse non moins simple : *Spondeo*, je promets.

Remarquons en passant que cette *sponsio* ne donnait pas droit à la protection de l'autorité

(1) Ihering, Esprit du droit romain, III, 276.

publique, elle ne faisait naître qu'un devoir de conscience ; nous y reviendrons du reste plus loin.

Les parties pouvaient, comme dans la période précédente, joindre un serment, *jusjurandum*, à leur promesse. Nous avons déjà vu la force que ce lien puisait dans les sentiments religieux du peuple et les pénalités qu'entraînait le manquement à la foi jurée.

Si celui qui recevait la promesse, désirait une sûreté plus matérielle, il prenait un objet en gage de l'autre contractant. Le *pignus* était un acte sans valeur juridique ; le créancier n'avait pas d'action en justice pour obtenir le gage, faute de paiement à l'échéance. De son côté le débiteur n'avait aucun moyen spécial de forcer le créancier à restituer ; plus tard il eut sans doute la ressource de l'action *ad exhibendum* pour rétention injuste de la chose d'autrui ou l'action en revendication.

Ces contrats, qui étaient uniquement basés sur la bonne foi de l'obligé, étaient sans effet juridique ; le droit ne leur accordait aucune action. Le commerce n'avait pas encore éprouvé le besoin de pareille protection ; tout engagement contracté était, en quelque sorte, un engagement d'honneur.

En cas d'inexécution, le moyen de contrainte était purement moral ; il trouvait dans les mœurs la sanction qui lui faisait défaut dans les lois.

Le sentiment du devoir avait à Rome, dans les premiers siècles, une intensité dont on n'a plus l'idée aujourd'hui. Ce sentiment s'était d'abord développé par crainte des châtimens de la divinité offensée et aussi grâce à la surveillance que les

membres de chaque *gens* exerçaient les uns sur les autres en vue de maintenir le prestige de la race. L'observation scrupuleuse de la foi promise continuait à être en honneur dans la suite, grâce au contrôle du censeur qui s'étendait sur les plébéiens comme sur les patriciens. Celui qui manquait à sa parole recevait une flétrissure, *ignominia*. Son nom était inscrit sur les registres du cens comme celui d'un malhonnête homme; une note spéciale, *nota censoria*, y conservait pendant un lustre au moins, le souvenir de son infamie.

Cette bonne foi, ferme et invariable dans l'exécution de conventions ou d'engagements contractés sans autre garantie que la parole, exista longtemps à l'état de règle à Rome. A cette époque la violation d'un serment était encore regardée comme l'une des plus criminelles actions qui se pussent commettre. C'est ce qui explique comment Régulus, pour dégager sa parole envers les Carthaginois, allait s'exposer aux tortures que lui réservaient ces ennemis de sa patrie. Dans cet exemple, il est vrai, il ne s'agit point de bonne foi contractuelle, mais il paraît certain qu'en ces temps-là, on n'apportait pas moins de fidélité à ses promesses dans les petites choses que dans les grandes, dans les transactions privées que dans les affaires publiques. On peut consulter à ce sujet un passage des Nuits Attiques d'Aulu-Gelle (1), où ce fait est affirmé comme historiquement incontestable, notamment par rapport aux obligations résultant des prêts d'argent, lesquelles étaient géné-

(1) L. I, Ch. 20.

ralement regardées comme sacrées et inviolables.

Le devoir l'emporta sur l'intérêt tant que la crainte du censeur eut un pouvoir suffisant sur l'esprit des citoyens, mais lorsque la corruption des mœurs commença à se répandre, et surtout lorsque les barrières qui séparaient les membres d'une même cité s'abaissèrent devant les nécessités du commerce, la *Fides* cessa peu à peu d'être une règle inviolable en matière de contrats. A mesure que progressa la civilisation et que de nouveaux débouchés s'ouvrirent au commerce, la mauvaise foi pénétra plus avant dans les rapports d'affaires qui n'avaient eu lieu jusque-là qu'entre amis et voisins. On prononçait encore les mots sacrés, mais on n'y attachait plus ce respect religieux qui en faisait la force. Promettre et tenir n'étaient plus deux termes d'une corrélation inséparable. La bonne foi cessa d'être la règle et ne devint plus qu'une assez rare exception.

Il advint de là que les honnêtes gens eux-mêmes se crurent autorisés par une sorte de droit de représailles, à manquer de foi envers ceux qui, les premiers, la violaient à leur égard. « *Frangenti fidem, frangitur eadem* », disait un adage de droit, et comme conséquence de ce principe, on admettait qu'il était permis de repousser la ruse par la ruse, la fraude par la fraude : « *Licet uti cautelis contra cautelas malorum* ». C'est là ce qu'on appellera dans la période classique le *bonus dolus* par opposition au *dolus malus*.

Ce fut sans doute au milieu de cet état de guerre entre la bonne et la mauvaise foi que se fit sentir

le besoin de pourvoir à l'insuffisance d'un système contractuel qui ne pouvait se soutenir que par la parfaite loyauté des contractants. Nous verrons plus loin comment l'autorité publique dut intervenir pour substituer un lien de création légale au lien moral que les idées religieuses des anciens Romains avaient pendant plusieurs siècles rendu si puissant.

Avant d'arriver à l'époque où l'on fit rentrer les actes fiduciaires dans le domaine du droit, examinons si dans le droit primitif, il n'y avait pas d'autre moyen que la contrainte morale dont nous venons de parler pour assurer le respect des conventions.

La difficulté était de donner une sanction à des actes pour lesquels il n'existait pas d'action de la loi. L'observation rigoureuse du principe : *Nulla actio sine lege*, renfermait la protection du droit dans des bornes étroites. La formule devait être adaptée aux termes de la loi, elle était immuable dans ses moindres détails. Il n'était pas possible de soumettre à des juges qui devaient toujours statuer d'après la loi, *ex lege*, les contestations soulevées par l'exécution de certaines conventions, comme la stipulation, la vente, le commodat, le gage, etc..., qui étaient des actes sans valeur juridique. Il est nécessaire d'ajouter que l'action n'aurait pas été d'une grande utilité pour déterminer exactement le dommage résultant de l'inexécution du contrat. La procédure des actions de la loi, essentiellement formaliste, empêchait, en effet, toute espèce d'appréciation de la faute lourde et de la faute légère. C'est précisément à cause des dan-

gers que les complications excessives de la procédure faisaient courir aux plaideurs, que le système des conventions basées sur la *bona fides* resta si longtemps en honneur à Rome (1).

Quel moyen avait donc la partie qui se prétendait lésée pour régler les difficultés résultant de conventions non reconnues par la loi ?

Elle devait s'entendre amiablement avec l'autre partie ; elle avait pour cela deux moyens à sa disposition : le serment extrajudiciaire et l'arbitrage d'un tiers impartial.

Occupons-nous d'abord du *serment extrajudiciaire*. Supposons que deux personnes entre lesquelles il n'y a pas d'instance engagée, ont ensemble une difficulté, par exemple : l'une allègue un droit de créance dont l'autre nie l'existence. En pareil cas celui qui se prétendait créancier, pouvait abandonner la décision à la conscience de son adversaire en l'invitant à trancher la question par un serment, c'est-à-dire selon la définition de Cicéron, par une affirmation faite *deo teste* (2) ; en d'autres termes il lui déférait le serment sur la non existence de son droit. Cette idée que le demandeur établit son adversaire juge en lui déférant le serment, *litis adversarium judicem facit*, est souvent exprimée dans les textes (loi 1 pr. D. l. 44 t. 5 ; loi 28 p. 2 D. l. 5 t. 1). Comme la décision qui résultait du serment avait pour fondement le consentement réciproque, elle faisait naître incontestablement le droit d'exercer la *manus injectio*.

(1) Ihering . Esprit du droit romain III, 174.

(1) De officiis, III, 10 et 29.

Mais qu'arrivait-il si l'adversaire déclinait l'offre de l'autre partie ? La loi 48 D. l. 12, t. 2, nous laisse entrevoir la solution qui intervenait ; *manifestæ turpitudinis et confessionis, est nolle nec jurare nec jusjurandum referre*. La partie qui refusait de prêter serment se condamnait elle-même, son refus était considéré comme un aveu indirect de son tort. Dans cette hypothèse comme dans l'autre, la justice privée devait s'exercer.

Le second moyen employé pour mettre fin aux conflits d'intérêts était *l'arbitrage d'un tiers impartial*.

De bonne heure on prit l'habitude de renvoyer l'examen d'une contestation à la décision d'un arbitre chargé de prononcer d'après l'équité, *ad æquum*, mais sa décision n'était pas juridiquement obligatoire. L'arbitre avait pour mission, non pas de dire le droit, mais de faire observer les usages reçus entre gens de bien. C'était l'arbitrage d'un homme de bien, *boni viri arbitrato*, dont parle Caton (*de re rustica*, 44).

L'arbitre jouissait d'un pouvoir discrétionnaire, mais il paraît certain que l'idée d'apprécier divers degrés dans la culpabilité de l'agent était encore inconnue de ces juristes volontaires qui s'inspiraient uniquement des usages suivis à Rome par les bons citoyens et qui émettaient un simple avis sans avoir le pouvoir de condamner. L'expression *præstare oportere* caractérisait la décision de l'arbitre dépourvue de toute efficacité juridique par opposition à l'expression *dare* ou *facere oportere* qui caracté-

risait la décision légale du juge. Si le défendeur contre lequel l'arbitre s'était prononcé refusait d'exécuter la sentence, le demandeur devait alors se tirer d'affaire tout seul et il le faisait, comme nous l'avons vu plus haut, en procédant à la *manus injectio*.

Mais qu'arrivait-il si l'une des parties refusait l'arbitrage du tiers impartial ?

Tite-Live nous dit formellement qu'en pareil cas la justice privée avait son libre cours : *Si ad judicem non eat, pro damnato in vincula duci jubere* (III, 57).

La stipulation était le mode général de confirmation des actes fiduciaires ; on y recourait ordinairement pour rendre plus étroit l'assujettissement du débiteur, dès que l'on commença à conclure des contrats en dehors du cercle restreint des amis ou des voisins. Aussi n'est-il pas étonnant que ce soit en faveur de la stipulation que se manifesta le premier progrès de la législation. La nécessité pour le débiteur d'accomplir le devoir de conscience fut pour la première fois consacrée par la loi *Silia*. Cette loi organisa la procédure *per conditionem* pour faire valoir en justice les créances ayant pour objet une somme d'argent. Elle permit au créancier d'exercer une action en justice au lieu de se borner à exercer une pression morale sur la volonté du débiteur.

A partir de la loi *Silia*, on eut un moyen plus efficace que la décision de l'arbitre pour forcer une personne qui s'était engagée à faire ou à ne pas faire, ou même à donner, à remplir son engagement.

Ce moyen de contrainte, c'était la *stipulation de peine* (1).

La *stipulatio pœnæ* était très usitée à Rome. Les parties fixaient d'un commun accord au moment de la conclusion de l'obligation l'indemnité en argent qui serait due en cas d'inexécution. Elles liquidaient elles-mêmes et d'avance la condamnation que le juge agissant *per condictioem* en vertu de la loi *Silia* devrait prononcer. Le juge n'avait donc simplement qu'à examiner si la peine avait été valablement stipulée et si la condition était accomplie. Et si le droit du créancier était reconnu, celui-ci pouvait procéder à la *manus injectio*.

Le nom donné à cette stipulation, *pœna*, nous montre à quel point de vue les Romains se plaçaient pour assurer l'exécution des promesses. L'idée qui est dominante dans le droit primitif de Rome et qui passera dans la jurisprudence postérieure est toujours celle de peine, de répression d'un tort, l'idée d'évaluer le préjudice causé au demandeur par l'inexécution de l'engagement ne sera jamais complètement dégagée dans le droit romain.

Indépendamment de la stipulation, l'action *Silia* vint donner au créancier dans les autres cas où il y a *certa pecunia*, c'est-à-dire dans le *mutuum* et l'*expensilatio* la faculté de faire valoir en justice une dette résultant d'un acte fiduciaire. Il est vrai que pour le *mutuum*, la sanction légale exista assez vite, il suffisait de le faire dans la forme du *nexum*.

C'est une particularité fort remarquable de

(1) Labbé : De la stipulation de peine. App. au t. III d'Ortolan, p. 308.

l'ancien droit que les obligations ayant pour objet une somme d'argent étaient seules munies d'action.

La loi *Calpurnia* vint au sixième siècle compléter la loi *Silia* en permettant d'exercer une action de la loi pour des choses certaines autres que de l'argent. Le juge put donc apprécier, ce qu'il n'avait pu faire jusque-là, la valeur pécuniaire de l'objet de l'obligation. Mais ici encore l'idée de la peine est maîtresse; l'inexécution de l'obligation constitue un tort qui mérite une répression et entraîne l'application d'une peine; c'est ce qui explique comment le défendeur est encore tenu de la perte fortuite de la chose, après la *litis contestatio*.

Quant aux contrats qui furent placés dans la période postérieure dans la catégorie des contrats de bonne foi, leur exécution continua à être assurée par un *arbitrium*.

On croit généralement que la plupart des contrats furent successivement sanctionnés par une action *in jactum* qui fut introduite dans l'édit du prêteur au dernier siècle de la République. Le prêteur vint donner à l'*arbitrium* l'efficacité juridique qui lui faisait défaut; il rendait dans chaque cas un décret spécial. L'arbitre ainsi institué par le prêteur recevait comme un juge le pouvoir de condamner. L'examen de l'arbitre était limité, d'après l'*intentio certa* de la formule, à une question absolument précise : Tel fait est-il vrai ou faux ? il ne pouvait en aucune façon faire l'appréciation du degré de culpabilité des parties.

On admet aujourd'hui que la fusion de l'*arbitrium* et du *judicium* ne put s'opérer qu'après les lois

Juliae judiciariae, au temps d'Auguste. Et encore cette transformation de l'action prétorienne en action civile de bonne foi ne s'opéra pas en même temps pour tous les contrats, car certains contrats, tels que le dépôt, le gage et le commodat ne furent sanctionnés par le droit civil qu'à une époque assez récente, vraisemblablement lors de la rédaction de l'Edit perpétuel.

C'est seulement sous l'Empire que les juriconsultes ont établi la classification des « actes fiduciaires » de l'Ancien droit suivant qu'ils se forment *re, verbis, litteris* ou *consensu*. La notion de contrat est elle-même d'origine récente. Gaius lui-même (III, 89) ne dit pas encore qu'il y a quatre classes de contrats, mais seulement qu'il y a quatre classes d'obligations que l'on distingue suivant la manière dont elles se contractent. Nous voyons par là le progrès immense réalisé par la jurisprudence classique qui a confectionné de toutes pièces le système de la responsabilité contractuelle, car si nous découvrons dans l'ancien droit les premiers germes de la « *culpa* » ils sont si peu perceptibles qu'il est difficile d'en préciser l'importance. La seule notion que nous rencontrons à chaque pas dans le droit primitif, c'est la notion de la « *poena* » qui pénètre toutes les parties de la législation. A notre époque où le rôle de la peine est assez restreint, nous ne comprenons pas aisément comment elle a pu autrefois avoir une prépondérance telle qu'elle était la seule sanction attachée aux rapports juridiques de toute espèce. M. Von

Ihering, qui a suivi le développement de la notion de peine dans l'histoire du droit romain, n'hésite pas à affirmer que si la législation primitive n'a pas attaché de sanction civile à l'exécution de certains rapports de droit qui furent plus tard reconnus comme contrats, elle a dû tout au moins donner à quelques-uns, sinon à tous, une sanction pénale en les considérant comme rapports délictuels. Il y a eu confusion dans l'ancien droit entre la notion de contrat et celle de délit qui, dans le droit classique, semblent s'exclure l'une l'autre. Il est aujourd'hui reconnu que certains rapports juridiques considérés plus tard comme des rapports contractuels étaient, à l'époque des Douze-Tables, sanctionnés par une action. Les auteurs se demandent quel caractère il faut attacher à ces actions ? Nous croyons que ces actions avaient uniquement un caractère pénal. Ainsi dans l'ancien droit, le dépôt, dont le caractère contractuel a été admis assez tard, était considéré comme un délit. La loi des Douze-Tables édictait une peine du double contre le dépositaire. C'était là une action délictuelle spéciale dans le genre de l'action *rationibus distrahendis* à laquelle le jurisconsulte Paul la compare (loi 49 D. l. 44, t. 7).

L'inexécution d'une promesse était considérée dans le droit primitif de Rome comme une sorte de délit. Aussi ne sommes-nous pas éloigné de penser avec M. Von Ihering que la plupart des rapports contractuels ont été sanctionnés dans l'ancien droit par des actions de délits spéciales, qui sont restées inconnues pour nous, avant de

l'être dans le droit civil postérieur par l'action générale naissant du contrat.

Ce point ne paraît pas douteux pour les rapports contractuels tels que la tutelle, le mandat et la société qui ont conservé dans le droit postérieur leur caractère pénal primitif en entraînant l'infamie. Cette assertion trouve un point d'appui dans l'édit du prêteur qui mentionne ces contrats, *crimina perfidiæ*, après les délits infamants. La *tabula Heracleensis* (1) est encore plus favorable à cette opinion ; elle classe ces contrats entre le *furtum* d'un côté, et le *dolus* et l'*injuria* de l'autre. L'opinion de M. Von Ihering paraît d'autant plus concluante que les actions naissant de ces rapports contractuels ne passaient point contre les héritiers. C'est bien là une preuve que ces actions étaient considérées dans l'ancien droit comme des actions délictuelles.

Ces actions primitives qui se sont complètement fondues plus tard dans l'action du contrat entraînaient uniquement l'application d'une *pœna*. Mais cette *pœna*, indépendamment de l'infamie, était particulièrement grave en ce sens qu'elle permettait au demandeur de faire le *juramentum in litem*. Celui-ci avait la faculté de fixer à son gré le montant de la condamnation après avoir juré qu'il ne l'exagérerait pas. En dépit de ce serment, l'estimation ainsi faite dépassait toujours, plus ou moins sensiblement, le chiffre véritable du *quod interest*. Le défendeur se trouvait par conséquent abandonné à la discrétion du demandeur, qui pouvait, quand la

(1) Lex Julia municipalis de l'an 709.

peine était du double, en cas de dépôt, par exemple, obtenir un chiffre exagéré.

En résumé, nous sommes convaincu que la notion de délit a précédé celle de contrat et que l'idée de la forme obligatoire du rapport contractuel n'a pu se faire jour qu'après avoir dépouillé la forme du délit.

La théorie de la responsabilité du droit classique est assurément la contre-partie de la théorie ancienne, puisque le simple fait dommageable dérivant du contrat suffit pour occasionner la faute et entraîner la réparation du préjudice, sans qu'il soit nécessaire comme dans l'ancien droit d'y ajouter aucun élément délictueux, aucune violation de la loi.

En terminant cette introduction historique, nous pouvons encore affirmer la non-existence de la « *culpa* » dans l'ancien droit par une dernière considération d'ordre secondaire peut-être, mais qu'il ne faut pourtant pas négliger. On a dit souvent que la langue est l'indicateur le plus sûr pour l'âge des notions. Or, si nous faisons l'application de cette règle au mot « *culpa* » nous trouvons que les écrits des premiers juriconsultes ne portent aucune trace de cette notion. C'est vraisemblablement à une date assez récente que la « *culpa* » a été employée dans le sens qu'on lui donna plus tard dans la jurisprudence classique. Il paraît hors de doute que sous la République la « *culpa* » était encore inconnue dans la langue juridique. Dans la *lex Aquilia*, le mot « *culpa* » était remplacé par l'expression indéterminée « *injuria* ».

Festus, dans son recueil « *De significatione verborum* » ne parle pas du mot *culpa* ; il dit simplement à propos du mot *noxia* : *ponebatur noxia apud poetas et oratores pro culpa*.

Nous pouvons ajouter que la « *culpa* » qui est une notion plus délicate, plus difficile à apprécier que le « *dolus* » n'a probablement pas été connue avant cette dernière expression. Or le « *dolus* » n'a été connu qu'assez tardivement. A l'origine, l'expression employée pour le qualifier était le mot « *fraus* ». Mais le dol, *fraus*, n'est pas dans l'ancien droit une cause d'obligation et d'action. Un faux renseignement, un mauvais conseil, etc..... n'est point un délit en soi. « Les moyens dont se sert le dol sont extérieurement légaux. Celui qui s'en rendait coupable, glissait librement entre les mailles de la loi. On ne réussit à l'atteindre que lorsque l'on eut appris à ne pas placer exclusivement la notion du délit dans un état de fait visible, lorsqu'on fut arrivé à l'apprécier d'après des *criteriums* internes » (1). Ce n'est que vers la fin de la République, lorsque le système formulaire fut complètement en vigueur, que la partie lésée put agir *ex contractu*, si le dol se rattachait à la formation ou à l'exécution d'un contrat de bonne foi sanctionné par le droit civil, parce que tous les contrats de cette sorte impliquent obligation de ne pas commettre de dol. En dehors de cette hypothèse, l'auteur du dol échappait à toute poursuite et gardait même le bénéfice honteux de sa mauvaise foi. Ce n'est qu'en l'an 688 de Rome que le préteur Aquilius Gallus fit

(1) Ihering: De l'esprit du droit romain, III, 114.

cesser cette iniquité en proposant pour la première fois dans l'édit la formule de *dolo*.

*
* *

Nous ne trouvons pas à la fin de la République le lien de continuité qui rattache l'ancienne législation à celle du droit classique. C'est donc sous un jour absolument nouveau que la théorie de la faute va se présenter à nous dans le dernier état du droit romain. L'idée nouvelle qui va se dégager de cette dernière phase est celle-ci : la peine est proportionnée à la culpabilité de l'agent. Il aurait été très intéressant de pouvoir rechercher comment a pu s'opérer dans un espace de temps relativement court une transformation aussi profonde de la théorie de la responsabilité, mais les données historiques que nous avons sur les derniers temps de la République ne nous donnent aucune indication à cet égard. Nous allons arriver sans transition apparente à l'examen du droit classique qui est le dernier terme d'une évolution dont le point de départ remonte aux origines de Rome. Il est bien certain, cependant, que cette pénurie de renseignements fait ressortir avec plus d'éclat encore le caractère remarquable de la création que la jurisprudence nouvelle a élevée sur les débris du passé.

CHAPITRE I

De la faute envisagée d'une manière générale comme source de la responsabilité

Le sentiment de la responsabilité a son fondement dans les facultés constitutives de la personnalité humaine : l'intelligence et la liberté. Par cela seul qu'un être est capable de vouloir, il sent non seulement qu'il a le gouvernement de sa destinée, qu'il est son propre maître, *compos sui*, mais encore qu'il est responsable de ce qu'il a voulu. A cette idée de la personnalité est intimement liée la notion du *devoir*. L'homme affranchi de toute contrainte extérieure, et n'obéissant qu'à sa raison, ne peut donner satisfaction complète à ses appétits et à ses passions, il doit, par une nécessité naturelle, s'abstenir des actes contraires à la *justice*.

Tout être, intelligent et libre, qui se dégage de cette contrainte morale, inhérente en lui et pesant sur sa raison, manque à son devoir. C'est précisément ce manquement au devoir qui constitue la *faute*.

La faute peut résulter d'un manquement aux devoirs de la morale ou d'un manquement aux

devoirs juridiques. Mais à la différence de la faute juridique, la violation d'un devoir purement moral n'intéresse pas autrui ; elle n'entraîne d'autre sanction que la peine immatérielle qu'inflige la conscience.

En nous plaçant uniquement au point de vue du droit, nous pouvons dire que la faute est à la fois un manquement au devoir et une violation du droit.

Comme le fait remarquer très justement M. Von Ihering, « la faute est un principe moral qui domine tout le droit. Elle embrasse, en effet, tous les rapports juridiques. Il n'en est point que cette idée ne puisse affecter, c'est-à-dire dans lequel la présence ou l'absence de faute n'entraîne après elle une différence de responsabilité ».

Lorsqu'une personne cause intelligemment et avec le libre usage de sa volonté un préjudice à autrui, la nécessité d'une réparation s'impose, mais cette réparation doit être proportionnée au degré de culpabilité. Dans le droit romain de l'époque classique, c'est aux tribunaux qu'appartient la mission d'assurer le respect des lois et de faire, dans une juste mesure, l'appréciation de l'injustice. Nul ne peut se faire justice à soi-même ; celui qui voit son droit contesté ou violé doit recourir à la justice organisée, seule chargée de réparer tous les torts et toutes les injustices.

L'obligation à la réparation, c'est-à-dire le rétablissement, au profit de la victime, du droit qui a été violé, a son fondement juridique dans ce principe de justice que nul ne doit s'enrichir illégitimement aux dépens d'autrui. Cette nécessité de retour à un

état de fait conforme au droit, en vue de réparer le préjudice commis, était parfaitement comprise du temps d'Ulpien, qui définissait la justice : *Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (loi 10 p. 1 D. l. 1 t. 1). Cette transformation d'un simple devoir d'équité, l'obligation de rendre à chacun ce qui lui appartient, en une règle de droit, eut la plus heureuse influence sur le développement des institutions romaines.

La faute peut porter atteinte à l'ordre public ou léser seulement des intérêts privés. Considérée au point de vue général, la responsabilité est pénale ; considérée au point de vue particulier, la responsabilité est civile.

La responsabilité pénale consiste dans la peine infligée dans un intérêt social à l'individu reconnu coupable d'une infraction à une loi pénale.

Cette peine est la sanction juridique des devoirs de l'homme envers la société.

La responsabilité civile consiste à réparer, au moyen d'une indemnité pécuniaire, le dommage que l'on a causé à autrui.

Cette réparation est la sanction juridique des devoirs de l'homme envers ses semblables.

L'une et l'autre responsabilité dérivent d'un même principe : *alterum non lædere, suum cuique tribuere* (§ 3, Inst. l. 1, t. 1, de *just. et jure*). C'est la même idée qu'exprime l'adage bien connu : *Quod tibi non vis fieri, alteri non feceris*.

Les deux sortes de responsabilité, civile et pénale, tout en poursuivant le même but, la protection du droit, ont, comme nous l'avons vu, un

rôle distinct : l'une a pour objet la réparation du dommage ; l'autre, la découverte et la punition du délit.

Les actions qui résultent de cette double responsabilité peuvent cependant se trouver réunies, si l'acte dommageable a porté atteinte en même temps à l'ordre social et à l'intérêt particulier.

On entend par responsabilité, en général, l'obligation de réparer le préjudice résultant d'un fait dont on est l'auteur direct ou indirect. En effet, ce n'est pas seulement de son fait personnel que l'on répond, c'est aussi du fait d'autrui, dans les cas prévus par la loi et même du dommage causé par les choses qui sont sous notre garde.

Nous n'avons pas à traiter ici de la responsabilité pénale, de cette expiation d'un acte illicite réclamée au nom de la société tout entière. La responsabilité civile qui apparaît comme la sanction la plus énergique du respect du droit d'autrui, fera seule l'objet de notre étude. Mais nous nous occuperons uniquement des fautes commises par les personnes qui sont liées en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat, en passant sous silence, dans la mesure du possible, les *fautes* qui ne constituent pas des infractions aux conventions, mais des faits nuisibles commis avec ou sans l'intention de nuire, c'est-à-dire les délits et les quasi-délits civils.

CHAPITRE II

De la place qu'il faut assigner à la faute parmi les modes d'inexécution des contrats

Toutes les causes de dommages-intérêts peuvent se ramener à une seule : l'inexécution du contrat.

Cette inexécution peut provenir ou d'un fait imputable au débiteur : dol, *dolus* ; faute, *culpa* ; retard, *mora* ; ou d'un fait étranger au débiteur : cas fortuit, *casus*. Constatons d'abord que la faute comprend tout ce qui se trouve entre le dol et le cas fortuit, c'est-à-dire toutes les espèces dans lesquelles un dommage a été causé par un événement auquel le débiteur n'est pas étranger, sans que cependant on puisse lui attribuer une intention malveillante.

Ce principe résulte de textes nombreux ; il nous sera facile par la suite d'en démontrer la justesse.

Avant d'analyser les caractères de la faute, commençons donc par rechercher brièvement ce qu'on entend par dol et par cas fortuit. Nous terminerons ce chapitre par un rapprochement très succinct entre la *mora* et la *culpa*.

§ I

Du dol

Le dol est le fait de ma volonté par lequel je vous nuis en connaissance de cause (loi 1, p. 2. D. *de dolo malo*).

Il ne suffit pas pour qu'il y ait dol qu'on agisse sans droit, *injuria*, autrement il n'y aurait qu'une faute grave, il faut nécessairement une intention mauvaise.

Un séquestre, dit Ulpien, dépouille de ses fers un esclave qui devait être mis à la question, il viole sciemment la loi du dépôt, mais il le fait par pitié; il commet simplement une faute: il n'y a pas de dol, bien que le fait illicite ait été commis sciemment, car il n'y a pas d'intention mauvaise (loi 7, pr. D, l. 16. t. 3).

Cette intention mauvaise peut se manifester d'une manière positive ou négative, par un fait ou par une omission (loi 8, p. 9, loi 44, D. l. 17, t. 1).

Pour employer le langage expressif des jurisconsultes allemands, le dol est une injustice consciente; la faute, une injustice inconsciente.

Le débiteur répond toujours de son dol (loi 7, p. 15, loi 27, p. 3, D. l. 2, t. 14). Cette règle qui intéresse la morale et l'ordre public est absolue. Il n'est point permis de stipuler que le débiteur ne sera pas tenu de son dol, *ne dolus præstetur* (loi 1, p. 7, D. l. 16, t. 3). Le créancier peut cependant renoncer aux dommages et intérêts qui lui sont dus à raison d'un dol

déjà commis (loi 23, D. l. 50, 17 ; loi 17, pr. D. l. 13, t. 6 ; loi 34, Code, l. 2, t. 14). Il n'y a alors qu'une simple renonciation à un droit acquis et non un encouragement au dol (loi 34, D. l. 2, t. 14).

§ II

Du cas fortuit

Le cas fortuit est un événement indépendant de la volonté du débiteur et qui ne peut, en aucune façon, lui être imputé.

Ulpien le définit : *Fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest* (loi 2 p. 7 D. l. 50 t. 8 ; loi 5 p. 4 D. l. VIII, t. 6 ; loi 6 ; Code l. IV, t. 24).

La force majeure, *vis major, vis divina*, est toute force à laquelle on ne peut résister, *vis cui resisti non potest* (loi 15, p. 2 D. l. 19, t. 2). Vinnius en donne la définition suivante : *Casum fortuitum definimus omne quod humano coepto praevideri non potest, nec cui praeviso potest resisti* (Loi 5, p. 2, D. de loc. conduc.)

Le cas fortuit est le résultat d'une force inanimée, par exemple l'incendie, la foudre. La loi 23, D. l. 50, 17 et la loi 41, D. l. XIX, t. 2) nous donnent une énumération des cas fortuits. La force majeure est, au contraire, le résultat d'une force animée, par exemple, une attaque de brigands, le fait du prince.

Le cas fortuit et la force majeure produisent les mêmes effets. En général le débiteur ne doit pas

en répondre, à *nullo præstatum* (loi 23, D. l. L, 17). Mais, à la différence du dol, les conventions contraires sont permises. Le débiteur peut s'engager à réparer les conséquences fâcheuses du cas fortuit.

De ce que certains événements sont considérés comme cas fortuits, il n'en résulte pas que le dommage causé par eux soit toujours exempt de toute imputabilité : c'est une question de fait que de savoir où l'imputabilité cesse et où le hasard commence. Aussi tel événement qui, en règle générale, est considéré comme cas fortuit, peut, dans certains cas, être imputable à raison soit d'une faute, soit d'un défaut de prévoyance qui l'a précédé. Souvent même le seul fait de l'estimation de la chose qui fait l'objet de la convention, suppose une convention implicite mettant à la charge du débiteur la responsabilité des cas fortuits. Ainsi la loi 52, § 2 et 3, D. l. XVII, 2,) rend l'associé responsable du vol des objets appartenant à la société, qu'il a reçus avec estimation : *quia custodiam præstare debuit qui estimatum accepit*. De ce texte et de bien d'autres, il semble résulter que la *custodia*, responsabilité du vol commis sans violence, que l'on peut éviter par une surveillance extraordinaire, en employant des gardiens, occupe une espèce de milieu entre les cas fortuits et la faute.

Il est à noter que l'événement ne doit pas nécessairement être imprévu pour constituer un cas fortuit. Il peut arriver que l'événement soit prévu et n'entraîne pas pour le débiteur l'obligation de réparer le dommage causé, lorsque celui-ci a employé la prudence et les soins d'un bon père

de famille. Il nous reste à conclure que les faits dont la diligence du père de famille peut se garantir ne doivent pas être rangés dans la classe des cas fortuits, à moins qu'il ne les ait lui-même occasionnés par quelque faute dont il est responsable. Dans ce dernier cas quelques interprètes du droit romain disent qu'il y a *casus culpæ determinatus*.

§ III

De la demeure

La demeure est un retard coupable apporté à l'exécution de l'obligation, soit par le débiteur, soit par le créancier. D'après Mühlenbruch, la demeure est l'omission injuste de recevoir ou de faire un paiement. On distingue la *mora debitoris vel solvendi* et la *mora creditoris vel accipiendi*. La *mora* peut se produire par le fait seul de l'omission ou du retard injuste, c'est la *mora ex re*; quand, au contraire, elle présuppose une interpellation, la *mora* est *ex personâ*.

Le retard apporté par le débiteur à l'exécution de son obligation ne suffit pas pour le mettre en demeure, car il faut encore que ce retard lui soit imputable : on ne saurait, en effet, en regarder le débiteur comme responsable que s'il a commis une faute, faute qui, ici, consistera dans le fait d'avoir manqué à l'obligation d'exécuter sa promesse au moment fixé. « *Est enim mora species ejus culpæ, per*

quam fit quominus debitor rem præstet, quam debuit »
— « *In usu juris, ... mora dicitur solum ea quæ injusta est.* » (1).

La demeure du créancier résulte de la non acceptation de la prestation promise et offerte par le débiteur ; il est en faute s'il se soustrait, sans avoir d'excuse à invoquer, à l'obligation de libérer le débiteur dont il est tenu.

Il est donc important de constater que la faute constitue une condition *sine qua non* de la demeure : elle en est l'élément juridique essentiel.

La *mora*, pour être une véritable demeure, ne peut pas être *inculpata*, car en dehors de cette faute il n'y a qu'un simple retard dont personne n'est responsable.

« Nul ne doit s'engager, dit M. Von Ihering, à exécuter une prestation qui dépasse ses moyens (2). Chacun doit connaître la mesure de ses forces et calculer, avant de contracter, ce qu'il est capable de prêter. S'il se fait illusion, le contractant commet une faute dont lui-même et non son adversaire doit supporter les conséquences dommageables (3) ; ce dernier aurait pu contracter avec un autre. »

Par conséquent le débiteur à qui le créancier a fait inutilement une sommation de payer, est en faute et partant en demeure.

A partir de sa demeure, le débiteur répond de toute faute, alors même que précédemment il n'était

(1) Doneau : Comm. de jure civ. XVI, chap. 2, §§ 1 et 2.

(2) Loi 7, pr. D. l XVI t. 3 ; loi 18 p. 1 D. l. IX t. 2 ; loi 9 p. 5 D. l. XIX t. 2.

(3) Loi 137 p. 4 D. l. 45 t. 1.

tenu que de la faute lourde. Si donc la chose périt ou se détériore par sa faute, il doit toujours indemniser le créancier.

De plus la demeure du débiteur met à sa charge les cas fortuits (loi 14 p. 11 D. l. 4 t. 2; loi 12 p. 4 D. l. 10 t. 4; § 82 Inst. l. 3 t. 15).

Lorsque le débiteur est en demeure, la chose, eut-elle péri, est censée subsister toujours et le débiteur en doit l'estimation. C'est en ce sens que la loi 91 p. 3 D. de *verborum obligationibus*, nous dit que l'obligation est perpétuée toutes les fois qu'il y a faute; qu'Ulpien dans la loi 82 p. 1 D. au même titre, dit que le débiteur mis en demeure est tenu comme si la chose n'avait pas péri et qu'Africain, à la loi 108 p. 11 D. l. 30, dit de l'esclave dû par le débiteur en demeure : *Periculo ejus vivit et deterior fit*.

Le créancier, à qui le débiteur a fait inutilement des offres de payer, doit supporter toutes les conséquences dommageables de sa faute (loi 8 in fine D. l. 33 t. 6).

La demeure du créancier a pour conséquence de décharger le débiteur de la responsabilité qui lui incombait d'après le contrat. C'est ainsi que le débiteur n'est plus tenu que du dol et de la faute lourde s'il répondait précédemment de la faute légère. A plus forte raison, le débiteur qui supportait jusque-là les cas fortuits, en sera-t-il déchargé (loi 5 D. l. 18 t. 6; loi 9 D. l. 24 t. 3). Cette décision s'explique facilement. Il est certain que la demeure du créancier causerait un dommage au débiteur, si la responsabilité antérieure de ce dernier subsistait.

CHAPITRE III

En quoi la faute contractuelle se différencie de la faute aquilienne

L'étude de la prestation des fautes a pour objet général la réparation des dommages illicites.

Il n'y a en droit romain, relativement à la responsabilité civile, que deux classes de dommages illicites :

1° Ceux qui se réfèrent à un rapport de droit préexistant entre les parties, ce qui se rencontre lorsque les parties sont liées par un contrat ;

2° Ceux qui ne se réfèrent à aucune relation contractuelle et pour lesquels l'origine, la cause première de la responsabilité, réside dans le fait lui-même.

La première classe comprend l'étude de la théorie des fautes dans les contrats et les quasi-contrats.

La seconde comprend la théorie de la réparation des dommages causés par les délits et les quasi-délits.

Nous l'avons déjà dit, nous nous proposons de n'examiner la théorie des fautes qu'au point de vue des obligations. Mais bien que nous devions nous

restreindre aux seuls dommages qui sont reprehensibles, à raison d'une obligation préexistante, il est utile, cependant, ne fût-ce que pour mieux éclairer notre sujet, d'examiner brièvement les différences qui existent, pour parler le langage des interprètes, entre la faute aquilienne et la faute extra-aquilienne.

La responsabilité contractuelle diffère essentiellement de la responsabilité aquilienne. *Plurimum enim interest utrùm ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit* (§ 2, Inst. l. 4, t. 16). « La coulpe, en droit, dit Etienne Pasquier. (Explication des Institutes de Justinien, l. III, ch. XXVIII), a deux visages : l'un qui regarde le délit, pour lequel on est puni extraordinairement ; l'autre qui regarde les contrats, lequel conséquemment on traite civilement. »

La faute *aquilienne* est celle qui se commet en dehors d'une obligation ; elle fait l'objet spécial de la loi *Aquiliana*.

La faute *extra legem aquilianam* ou contractuelle est celle qui se commet à l'occasion d'une obligation.

Il existe des différences importantes entre la faute contractuelle et la faute non contractuelle.

1° La responsabilité qui résulte des délits et des quasi-délits consiste dans l'obligation de répondre d'un fait illicite et de réparer le préjudice que ce fait a causé. Cette obligation se forme sans convention, soit de la part de l'obligé, soit de la part de celui envers qui l'obligation a lieu.

La responsabilité qui naît d'un contrat ou d'un

quasi-contrat n'est pas du même genre. Elle n'existe qu'en cas d'inexécution d'un engagement exprès ou tacite, par exemple lorsque celui qui gère les affaires d'autrui se refuse à achever la gestion qu'il a commencée.

2° L'élément de faute est *accidentel* dans les contrats et quasi-contrats ; il est *essentiel* dans les délits et quasi-délits.

3° La faute délictuelle crée une obligation propre et indépendante ; la faute contractuelle crée une obligation qui est l'accessoire de l'obligation pré-existante.

Dans les délits, l'acte illicite forme le fondement originaire et unique de la réclamation en justice ; dans les contrats, au contraire, la faute vient se joindre au contrat comme élément secondaire et augmenter la responsabilité.

4° En matière d'obligations, comme les rapports des parties ont été le résultat de leurs volontés réciproques, l'imputabilité n'est point fixée d'une manière absolue. La faute contractuelle varie suivant la nature et l'objet des conventions auxquelles elle se rattache. Aussi les jurisconsultes avaient-ils distingué par rapport aux fautes commises dans l'exécution des contrats plusieurs degrés de faute : faute lourde, faute légère.

Ces distinctions sont inapplicables à la faute délictuelle. Ici le principe de la responsabilité est toujours le même, à savoir : une atteinte aux droits d'autrui qui n'a pu être ni prévue, ni empêchée par celui qui en souffre, puisqu'elle n'est pas la conséquence de relations volontairement formées comme

dans les contrats. Dans le domaine de la loi Aquilia, la responsabilité est absolue ; elle doit être prononcée toutes les fois qu'il existe un motif, si léger qu'il soit, d'imputabilité. L'acte est toujours illicite et aucune atténuation de la faute ne résulte, pour celui qui l'a commise, de la nature des relations établies entre lui et la personne qui a souffert du dommage. Aussi toute espèce de faute oblige ; *in lege aquiliâ, et levissima culpa venit* (loi 44 D. l. 9 t. 2). A quelque degré qu'elle existe, pourvu qu'elle soit établie, elle est légalement imputable, quand même il n'y aurait pas eu volonté de nuire, *etiam ab eo qui nocere noluit* (loi 5, p. 1 D. l. 9 t. 2). Ainsi la légèreté, l'inattention, l'imprévoyance, l'ignorance et l'erreur, même de bonne foi, engagent également la responsabilité. N'est-il pas juste, en effet, que celui qui a causé le dommage, en supporte seul la peine, sous forme de réparation et d'indemnité, plutôt que celui qui l'a éprouvé, sans qu'aucune faute lui soit imputable, et sans qu'il lui ait été, le plus souvent, possible de s'en garantir et de s'en défendre ?

L'imputabilité ne s'arrête que là où commence le cas fortuit (§ 3 Inst. de lege aquilia ; loi 31, loi 52 p. 4 D. l. 9 t. 2).

5° Les contractants sont tenus tant de la *culpa in omittendo* que de la *culpa in committendo*. Ce n'est point la loi, mais le contrat qui les oblige. Le contrat prévoit toujours tacitement les omissions qui ne sont, à vrai dire, qu'une inexécution du contrat. Lorsque, en vertu d'un rapport obligatoire, nous étions tenus de faire ce que nous avons omis,

alors notre abstention constitue une lésion du droit d'autrui. Aussi le vendeur d'une chose la laisse voler (loi 15, D. l. 18. t. 6) ; la maison louée est incendiée faute de soins de la part du locataire (loi 27, p. 9, D. l. 9, t. 2).

Au contraire, la faute aquilienne exige un acte positif ; elle ne se commet point par omission. Dans le domaine de la loi Aquilia, l'inaction n'est point illicite, alors même qu'elle serait dommageable à autrui ; l'inaction ne devient reprehensible qu'à raison d'une obligation préexistante (loi 3, p. 2, D. l. 7, t. 1). Ainsi ma chose est entraînée par le fleuve ; un tiers peut la retirer de l'eau facilement et sans risque ; il s'abstient de le faire ; il n'a aucune responsabilité légale, il n'a fait qu'user d'un droit qui lui appartient (loi 13, p. 2, D. l. 7, t. 1).

6° C'est au demandeur à prouver la faute non contractuelle, *actor probat actionem* (§ 4. Inst., l. 2, t. 20 ; loi 21, D. l. 27, t. 3).

C'est au défendeur, au contraire, qu'il appartient de démontrer qu'il n'a pas commis de faute contractuelle. En effet, le débiteur est tenu d'établir que l'inexécution de l'obligation ne lui est pas imputable. En soutenant qu'il a apporté à son obligation la somme de soins nécessaire, le débiteur se prétend libéré. Il oppose donc une exception et le défendeur doit prouver ses exceptions. *Reus probat exceptionem* (loi 5 code l. 4 t. 24 ; *reus in exceptione actor est* (loi 1 D. l. 44 t. 1). Ainsi celui des contractants qui est tenu de la faute, doit, en cas de perte, prouver qu'elle a eu lieu par cas fortuit, pour mettre sa responsabilité à l'abri. Notamment,

le vendeur qui soutient que la chose vendue a péri accidentellement, est tenu d'établir le cas fortuit. De même l'associé doit justifier de l'accident qu'il invoque ou tout au moins établir qu'il n'était pas d'habitude plus diligent dans ses propres affaires.

La règle que nous venons d'exposer n'est pas applicable si le débiteur n'est responsable que de la faute lourde; la *culpa lata* ne se présume point (loi 13 D. l. 16 t. 3; loi 18 p. 1 D. l. 22 t. 3). Par conséquent c'est au demandeur à prouver qu'elle existe (loi 5 C. l. 4 t. 24). Supposons qu'il s'agisse d'un contrat de dépôt. J'ai déposé chez Secundus une plante rare; cette plante vient à périr, elle ne peut donc être restituée. Pour que Secundus doive des dommages-intérêts, il faut que je prouve qu'il s'est rendu coupable de dol ou de faute lourde.

7^o L'action qui tend à indemniser la personne victime d'un dommage illicite varie suivant que la faute a été commise à l'occasion de relations contractuelles ou en dehors de ces relations.

Quand il s'agit d'une faute délictuelle le fait illicite est à lui seul la cause de l'obligation, *ipsa injuria est obligationis effectrix*; il ne peut donc être question d'une action *ex contractu*.

On se fait indemniser tantôt par l'action de la loi Aquilia, lorsqu'il y a *damnum corpore corpori datum* (lois 9, 37, 51 D. l. 9 t. 2); tantôt par l'action naissant du délit, quand le fait illicite constitue un *delictum sui generis*; tantôt par l'action de dol.

Quand il s'agit d'une faute contractuelle, il faut faire une distinction entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi.

S'il s'agit d'un contrat de droit strict, on ne peut pas agir par l'action du contrat. Le juge doit se renfermer rigoureusement dans les limites tracées par la formule sans pouvoir tenir compte des autres moyens que les parties voudraient faire valoir ; la partie lésée devra recourir à l'action de dol. L'action de dol entraîne l'infamie, elle est subsidiaire à toute autre voie de droit ; on l'emploie comme dernier moyen, *extraordinarium auxilium* (loi 1, p. 1 et 4 D. l. 4 t. 3). Si l'auteur de la faute est mort au moment où on intente l'action, on ne pourra pas atteindre ses héritiers par l'action de dol. L'action de dol sera remplacée par une action *in factum*. Les héritiers ne sont alors tenus que dans la mesure de leur enrichissement, *quatenus locupletiores facti sunt* (loi 17 p. 1 ; lois 26 et 28 D. l. 4 t. 3).

S'il s'agit d'un contrat de bonne foi, c'est par l'action même du contrat qu'on se fera indemniser. Dans les *bonae fidei actiones*, le juge peut tenir compte des exceptions que les parties pourront produire devant lui, alors même que ces moyens ne se trouveraient point indiqués dans la formule.

Si l'auteur de la faute est mort, ses héritiers pourront être poursuivis pour tout le dommage. *In contractibus quibus doli præstatio, vel bona fides inest, hæres in solidum tenetur* (loi 152 p. 3 D. l. 50 t. 17). Dans ce cas, l'action du contrat a des conséquences plus graves que l'action de dol.

Il peut arriver cependant que le créancier ait le choix entre l'action du contrat et l'action *legis aquiliæ*.

Ce concours a lieu lorsque le *damnum injuriæ*

datum prend naissance à l'occasion d'un rapport obligatoire existant entre les parties (loi 5 p. 3 ; loi 6 ; loi 7 p. 8 D. l. 9 t. 2 ; loi 18 p. 1 D. l. 13 t. 6 ; loi 47 p. 1, loi 48 D. l. 17 t. 2 ; loi 30 p. 2 D. l. 19 t. 2). Le fait d'être tenu par un contrat ne saurait, en effet, enlever à un acte son caractère délictuel, mais le créancier ne pourra cumuler les deux actions. L'exercice de l'une de ces actions entraîne l'extinction de l'autre (loi 18, p. 1 D. l. 13, t. 6 ; loi 27, p. 11 D. l. 9, t. 2 ; loi 25, p. 5 D. l. 19, t. 2). Toutefois le demandeur qui a fait choix de l'action du contrat peut encore poursuivre par l'action *legis aquiliæ*, ce qu'il aurait obtenu à titre de peine, s'il avait d'abord choisi cette dernière (l. 7, p. 1 D. l. 13, t. 6 ; loi 50 D. l. 17, t. 2 ; loi 34, p. 2 D. l. 44, t. 7).

8° Quand il s'agit d'une faute délictuelle, le débiteur doit réparer tout le dommage qu'il a causé au créancier ; il peut même, suivant la nature du délit, être condamné, non seulement à payer la valeur de la chose due, *quanti ea res est*, mais encore à payer une somme plus considérable à titre de peine.

Quand la faute du débiteur résulte d'un contrat ou d'un quasi-contrat, le débiteur n'est tenu que du dommage qu'il a prévu ou que tout au moins, il aurait pu et dû prévoir au moment où il a contracté son obligation. Cette règle est rationnelle ; elle s'explique par l'intention présumée des parties contractantes. Elle aura souvent pour conséquence d'imposer au débiteur de mauvaise foi une responsabilité plus étendue qu'au débiteur de bonne foi. L'un a prévu le dommage ; le second ne l'a pas

prévu et il est excusable de ne pas l'avoir prévu. Ainsi quelqu'un a des matériaux de construction viciés et la construction élevée par l'acheteur à l'aide de ces matériaux est venue à s'écrouler. Le vendeur de bonne foi devra seulement une indemnité à raison de la mauvaise qualité des matériaux ; le vendeur coupable du dol répondra même de la chute du bâtiment (loi 13 pr. D. l. 19 t. 1).

9° Pour que le débiteur soit en demeure, le créancier doit l'avoir inutilement sommé d'exécuter l'obligation, *interpellari*. Tant que l'interpellation n'a pas lieu, le débiteur peut s'abstenir d'exécuter l'obligation sans commettre aucune faute, et sans faute, pas de demeure (loi 32 pr. D. l. 22 t. 1).

Au contraire, celui qui possède une chose en vertu d'un délit est de plein droit en demeure. Une sommation est inutile pour le constituer en faute ; il est coupable par le seul effet de son délit (loi 8 p. 1, loi 20 D. l. 13 t. 1 ; loi 1 p. 34 et 35 D. l. 43 t. 16 ; loi 7 Code l. 4 t. 7).

Dans le premier cas, nous l'avons vu expliqué précédemment, il y a *mora ex personâ* ; dans le second, *mora ex re*.

CHAPITRE IV

Définition de la faute contractuelle Ses principaux caractères. Ses divisions

La faute est une action ou une omission faite mal à propos, soit par ignorance, soit par impéritie, soit par négligence.

Ce qui caractérise particulièrement la faute c'est la négligence ; elle a pour antithèse la diligence.

Magna negligentia, culpa est, dit le jurisconsulte Paul ; la grande négligence est un manquement au devoir.

En d'autres termes, il y a *culpa*, lorsque sans intention arrêtée de nuire, mais par défaut de soin, par défaut de vigilance, le débiteur cause un dommage au créancier en n'exécutant pas ou en n'exécutant qu'imparfaitement son obligation.

§ I

Conditions nécessaires pour qu'il y ait faute

La faute exige plusieurs conditions :

1° Il faut que l'auteur du fait constitutif de la

faute n'ait pas eu le droit de l'accomplir (loi 4, Code l. 9, t. 8).

Si le fait qui a causé préjudice n'était que l'exécution d'un droit, il ne serait pas illicite et n'occasionnerait par suite aucune responsabilité. *Qui suo jure utitur neminem lædit* (lois 55 et 151 D, l. 50, 17). Ainsi étant dans ma maison, je jette un objet sur un terrain qui n'est soumis à aucune servitude de passage. Cet objet blesse un étranger qui s'y trouvait. Je ne suis pas responsable, *quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (loi 203 D, l. 50, 17). Le capitaine de vaisseau qui, en cas de tempête, par exemple, jette toute la cargaison à la mer pour alléger son navire, use de son droit. *Nemo damnum fecit nisi qui id fecit quod facere jus non habet*. Ainsi je creuse un puits dans mon fonds; il en résulte que la source du puits voisin est tarie. Il y a là dommage résultant de mon fait, mais j'ai usé de mon droit (loi 24 p. 12 D. l. 39 t. 2). *Vigilantibus non dormientibus jura subveniunt*.

2° Il faut qu'il s'agisse d'un *fait personnel* à celui à qui on reproche la faute.

En général on ne répond pas du fait d'autrui. Par exception les aubergistes et les capitaines de vaisseau sont responsables du vol causé aux effets d'autrui qui leur ont été confiés, quand le vol a été commis par les gens à leur service.

3° L'auteur de la faute doit avoir l'intelligence de ses actes (loi 60 D. l. 6 t. 1; loi 5 p. 2 D. t. 9 t. 2; loi 61 D. l. 26 t. 7; loi 2 D. l. 48 t. 8).

Il ne peut, en effet, être question de responsabi-

lité, quand il s'agit d'une personne à laquelle on ne peut imputer une action. *Quæ enim in eo culpa sit, cum suæ mentis non sit*, dit Ulpien, dans la loi 5 p. 2 D. l. 9 t. 9 ? Ainsi les personnes qui se trouvent dans un état moral où toute condition d'imputabilité fait défaut, tels que les enfants ou les fous, ne sont aucunement tenus de réparer le dommage qu'elles ont pu causer.

4° Le quatrième caractère de la faute est celui d'être dommageable. *Fit damnum ex culpa*.

Il ne suffit pas que le débiteur soit convaincu de négligence, alors que le contrat l'obligeait à une certaine diligence pour la conservation de la chose, mais il faut, de plus, que le débiteur ait causé un dommage au créancier. Point de responsabilité sans faute, point de réparation sans dommage.

5° Tous les empêchements qui entravent le libre exercice de la volonté sont exclusifs de l'imputabilité, parexemple la violence (loi 7 p. 3 D. l. 9 t. 20).

Pour qu'il y ait faute, il faut donc que le fait préjudiciable soit volontaire.

Il n'y a pas d'imputabilité si une personne n'a pas la liberté d'opter entre l'exécution d'un acte et son omission. *Ejus est velle cuius est nolle*.

Si l'acte a été involontaire, il faut qu'on ait pu le prévoir ou l'éviter, sinon on ne se trouve plus en présence d'une faute, mais d'un cas fortuit (loi 30 p. 3 D. l. 9 t. 2 ; loi 50 D. l. 50, 17).

6° Il faut que le dommage soit imputable à celui qui en est l'auteur.

Un fait ne peut constituer une faute et par suite nécessiter une réparation, s'il n'existe pas entre le

fait et son auteur un rapport moral duquel puisse résulter la responsabilité (loi 5 p. 2; loi 29 p. 4; loi 52 p. 1 D. l. 9 t. 2). Aussi est-ce la même chose dans la langue du droit que de dire : il est en faute ou il y a lieu de lui imputer : *in culpà est, ei imputatur*. Faute et imputabilité vont toujours ensemble. Là où cesse l'imputabilité légale, on ne peut voir aucune faute; là où la loi ne reconnaît aucune faute, il ne peut être question d'imputabilité.

7° Il y a dommage sans *injurià*, et par suite sans obligation de réparer, lorsque le fait est posé avec l'assentiment de la partie lésée. *Volonti non fit injuria* (loi 46 p. 8; loi 48 p. 2 D. l. 47 t. 2; loi 1 p. 5 D. l. 47 t. 10).

8° Enfin il faut pour qu'il y ait *culpa*, que l'auteur du fait n'ait pas agi en vertu d'un ordre légitime. Ainsi celui qui obéit à une ordonnance du juge, ne porte pas la responsabilité juridique de son action. (loi 167 p. 1 D. l. 50, 17).

§ II

Culpa in committendo — Culpa in omittendo

La faute, malgré l'absence d'intention, peut se manifester d'une manière positive ou d'une manière négative. C'est ainsi que les interprètes doivent la faute *en culpa in committendo* et *en culpa in omittendo*.

La faute *in committendo* consiste dans un fait dolosif ou une imprudence.

La faute *in omittendo* consiste dans une simple négligence nuisible au créancier.

Par conséquent, si la faute consiste dans une action, c'est une *commissio* ou *imprudentia*, fait actif ; si elle consiste dans une omission c'est une *negligentia*, ou *desidia*, fait négatif.

C'est de cette dernière façon que la faute se manifeste le plus fréquemment.

La distinction des fautes *en culpa in committendo* et *culpa in omittendo* ne présente pas d'intérêt dans les contrats *stricti juris*. Dans ces contrats, en effet, le débiteur n'est tenu que de la *culpa in committendo* (loi 91 pr. D. l. 45 t. 1).

§ III

Culpa lata. — Culpa levis.

La négligence qui constitue la faute peut être plus ou moins grave. De là une nouvelle division des fautes qui ne s'applique qu'aux fautes contractuelles.

Les jurisconsultes divisent la faute en faute lourde et en faute légère.

La faute lourde, *culpa lata*, consiste à négliger les soins que l'homme le moins diligent apporte à ses affaires. *Lata culpa est non intelligere quod omnes intelligunt* (loi 213 p. 2 D. l. 50 t. 16). C'est le résultat d'une ignorance poussée à un point impardonnable et tellement grossière qu'elle heurte le sens commun. Elle consistera, par exemple, à ne point fermer sa porte quand on s'absente.

Il y a encore faute grossière, *gravior, magna*, lorsqu'étant chargé des affaires d'autrui, on les

soigne sciemment moins bien que ses propres affaires, par exemple en ne prévoyant pas les événements naturels qui arrivent communément, en laissant des objets précieux à la portée de tous, en surchargeant un cheval de louage, etc. (loi 32 D. l. 16 t. 3).

La faute lourde est un défaut d'attention qui devient un défaut de bonne foi (loi 223 D. l. 50 t. 16). Aussi est-elle assimilée au dol parce que celui qui ne sait pas s'élever au niveau d'une vigilance ordinaire est réputé agir par esprit de dol. *Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est* (loi 226 D. l. 50 t. 16) *Culpa dolo proxima dolum repræsentat* (loi 1 p. 2 D. l. 47 t. 4). Relativement à la responsabilité qui en résulte, la *culpa lata* est donc placée sur la même ligne que le dol. C'est un principe général, en droit romain, que dans tout contrat où l'on répond de son dol, on répond aussi de sa faute lourde (loi 5 p. 15 D. l. 26 t. 4; loi 1 p. 5 D. l. 44 t. 7). Ces deux termes sont toujours confondus dans les textes, quand il s'agit de l'obligation de réparer le dommage résultant de l'inexécution d'un contrat (loi 1 p. 1 D. l. 11 t. 6; loi 8 p. 3 D. l. 43 t. 26; loi 26 pr. D. l. 17 t. 1).

La faute lourde qui est assimilée au dol en diffère cependant à divers points de vue. Les textes font ressortir ces différences (loi 5 Code, *Arbitrium tutelæ*; loi 20 Code, *de negotiis gestis*; loi 1 Code, *depositi*). Il y a dans le dol l'intention de nuire qui ne se trouve pas dans la faute lourde. La *culpa lata* est un fait voisin du dol, mais c'est un fait non prémédité.

La faute lourde contient en soi une présomption de fraude, tandis que le dol se manifeste par des indices sérieux ou des faits acquis, pertinents. *Dolum ex indictis perpicuis probari convenit* (loi 6 Code l. II, t. 21).

L'action civile dérivant de la faute lourde donne lieu à la même réparation que le dol. C'est ce qui explique la phrase de Gaïus : *Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere* (loi 1 p. 7 D. l. 44 t. 7). Il est nécessaire toutefois de faire remarquer que la faute lourde se distingue du *crimen doli* en ce qu'elle n'emporte pas la note d'infamie ou l'application d'une peine.

La faute lourde est assimilée au dol pour ce qui concerne les réparations civiles seulement, mais jamais pour ce qui concerne la responsabilité devant les tribunaux criminels (loi 5 D. l. 12 t. 3).

L'action de dol est subsidiaire à toute autre voie de droit (loi 1 p. 1 et 4 D. l. 4 t. 3). C'est pourquoi, on ne peut y recourir relativement aux contrats de bonne foi, attendu que l'on dispose de l'action naissant du contrat (loi 7 p. 3 D. l. 4 t. 3).

La faute légère, *culpa levis*, est celle que ne commet pas un bon père de famille.

Elle consiste dans l'omission des soins que prend habituellement un propriétaire vigilant (loi 31 D. l. 9 t. 2).

Le mot *culpa* employé sans qualificatif désigne toujours la faute légère.

L'épithète « *levis* » est peu usitée et ne se rencontre que six fois dans les textes (loi 39 p. 6 D. l. 26 t. 7 ; loi 2 p. 3 D. l. 36 t. 1).

A la *culpa levis* correspond en général un degré spécial de diligence, *diligentia exactissima* ou *diligentia diligentissimi patrisfamilias*. Paul donne du bon père de famille la définition suivante : *Homo diligens et studiosus paterfamilias cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse* (loi 25 pr. D. l. 22 t. 3). Et on prend alors comme point de comparaison, pour apprécier la faute du débiteur dont la responsabilité est en question, un type presque idéal, le type abstrait d'un bon père de famille. Pour déterminer si l'auteur de l'acte est en faute, on examine s'il n'a pas fait ce qu'eut fait à sa place un propriétaire diligent.

Les commentateurs appellent ce premier degré de responsabilité, *culpa levis in abstracto*.

Parfois celui qui est tenu de la faute légère est excusé, si en omettant les soins d'un bon père de famille, il a apporté autant de soins aux affaires d'autrui qu'il en apporte *habituellement* à ses propres affaires, *eam diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet* (loi 72 D. l. 17 t. 2; loi 3 D. l. 18 t. 6; loi 1 p. 4 D. l. 44 t. 7). Dans ce second cas, on s'en rapporte au type concret de l'auteur lui-même, tel qu'il est d'habitude.

Les romanistes modernes appellent ce second degré de responsabilité, *culpa levis in concreto*.

L'appréciation de la faute légère *in concreto* n'est admise que par exception, dans un certain nombre de cas où on témoigne au débiteur une grande indulgence. Ces exceptions peuvent résulter soit de la volonté des parties, soit de la loi, par exemple si le débiteur ne retire aucun avantage du

contrat. Ce sont des tempéraments apportés à la rigueur d'un principe qui est admis de préférence en droit romain (loi 17 pr. D. l. 23 t. 3).

Il est parfois difficile, comme on le verra bientôt, de séparer la responsabilité qui s'arrête à la faute lourde, de celle qui s'étend à la *culpa levis* appréciée *in concreto*

Les jurisconsultes romains n'avaient aucune expression particulière pour désigner la faute *in concreto*. Ils disaient quelquefois, pour désigner cette nuance de la prestation de la faute, que la faute ne devait point s'estimer par le dernier degré de la diligence, *culpa ad exactissimam diligentiam dirigenda non est* (§ 9, Inst. l. 3, t. 25).

Lorsque les jurisconsultes voulaient signifier que la faute devait s'apprécier *in abstracto*, ils employaient les mots *diligentia exacta, exactissima*, ou bien ils réunissaient les mots « *culpa et diligentia* » comme dans l'expression : *præstare culpam et diligentiam* (Loi 5, p. 2, D. l. 13, t. 6 ; loi 47, p. 5, D. l. 30).

Ils disaient aussi pour désigner la *culpa levis in abstracto*, qu'il ne suffisait pas d'avoir apporté aux affaires d'autrui sa diligence habituelle, si toutefois un autre eût pu être plus diligent, *si modo alius diligentior poterit eam rem custodire* (§ 2, Inst. l. 3, t. 14).

Si l'obligation portait sur un corps certain, les jurisconsultes remplaçaient *diligentia* par *custodia* ou réunissaient les deux mots (loi 5, § 12 et 15, D. l. 13, t. 6 ; loi 11, D. l. 8, t. 6 ; § 5, Inst. l. 3, t. 24).

Quelques auteurs se sont demandé si la faute lourde pouvait parfois être considérée comme légère. Il faut répondre négativement. En effet,

où peut-on trouver un individu qui commette habituellement dans l'administration de ses affaires cette sorte de faute que tout le monde sait éviter.

Les anciens interprètes admettaient une troisième espèce de faute : une faute très légère, *culpa levissimā*.

Elle consisterait dans des soins plus minutieux, plus délicats que ceux d'un bon père de famille. Il faudrait pour l'éviter, dit Heineccius (*Elementa juris civilis*, N° 786), être armé d'une sollicitude infatigable et veiller, comme l'homme de la fable de Phèdre, *totus oculus*, avec cent yeux toujours ouverts.

Nous n'admettons pas cette troisième espèce de faute. Aucun texte n'exige du débiteur la diligence du meilleur père de famille qu'il soit possible d'imaginer. Les lois romaines ne parlent jamais que de la *culpa levis* quand il s'agit d'indiquer un degré intermédiaire entre le *casus* et la *culpa lata*. Nous verrons plus loin que jamais, sauf dans la loi 44 pr. D. l. 9 t. 2, il n'est question de la *culpa levissima*. Les Romains ne pouvaient pas admettre comme droit commun une diligence inconnue de la masse des hommes. Une semblable exigence n'aurait-elle pas été contraire à un principe d'équité qui veut que les lois générales soient à la portée de tous ?

CHAPITRE V

Recherche de la véritable théorie romaine sur la prestation des fautes. Exposé des divers systèmes.

Il n'y a peut-être pas de matière de droit sur laquelle les commentateurs du droit romain aient prodigué autant de subtilités et donné aux textes autant d'interprétations erronées que la théorie de la prestation des fautes.

Ce fut un des sujets qui restèrent les plus obscurs et les plus discutés, pour les anciens commentateurs, que de savoir quelle avait été exactement la théorie des Romains sur la faute contractuelle : *Difficilis est culpæ disquisitio, definitio et probatio..... ut plerumque omnis quæstio culpæ* (1). William Jones reste bien au-dessous de la vérité en ne comptant au XVIII^m^e siècle que douze commentateurs en latin et deux en grec, des deux fragments servant de base aux romanistes d'alors. Campanus alla jusqu'à tourner en vers latins le fragment d'Ulpien. De grandes incertitudes, des erreurs sans nombre, les controverses les plus vives continuèrent à subsister jusqu'au commencement de ce siècle.

(1) Cujas Ap. Posth. I Resp. Pap. V, p. 195 E.

Parmi les interprètes, les uns ont dû donner de continuelles entorses aux lois romaines pour les mettre d'accord avec leur système; d'autres ont attribué un sens tout à fait arbitraire à certaines expressions; d'autres enfin ont attaché à certains mots qui n'étaient que de *simples accidents de rédaction* une importance exagérée.

La théorie rationnelle que les textes du droit romain ont, sans aucun doute, établie, a été pendant plusieurs siècles généralement méconnue. Avant d'en faire l'exposé, nous passerons successivement en revue dans ce chapitre les principaux systèmes qui ont eu une certaine notoriété.

Nous ne nous attarderons pas à examiner celui de Barthole qui a été unanimement condamné. Ce jurisconsulte, en s'appuyant sur la loi 32 D. l. XVI, t. 3, avait compté cinq espèces de fautes : *latissimam, latiore, latam, levem et levissimam*.

Nous citerons seulement pour mémoire le système de Udalric Zasius, qui, ne voulant pas reconnaître les cinq fautes créées par Barthole, trouva bon de réduire la faute à l'unité. D'après ce commentateur, il n'existait qu'une seule faute, la faute lourde; mais il divisait cette faute en faute lourde par faiblesse d'esprit, *culpa ignaviæ*, et en faute lourde par fourberie, *culpa versutiæ*. On lui répondit en se moquant de lui (*irridens illum*), qu'on n'avait pas découvert dans les textes la faute lourde par fourberie.

Les réfutateurs de Zasius, sans aller aussi loin que Barthole, arrivèrent à établir, et parmi eux Corrasius et Salicet, qu'il y avait quatre espèces de fautes : *latam, levem, leviolem, levissimam*. La base de ce

système était bien plutôt prise dans la logique scolastique que dans les règles ressortant des textes romains. Il n'y a pour s'en convaincre qu'à lire comment Salicet (gl. l. 32 *Dig. Depositum*) explique son quatrième degré de faute, *culpa levior* : « *Nam inter superlativum et positivum est medium necessarium, scilicet comparativus; tamen de istà culpà medià, quam leviozem appellamus, non curaverunt legislatores specialiter disponere.* »

Mynsinger osa soutenir la thèse de la faute unique sans distinction aucune. Son système n'eut aucun succès.

Chacun des systèmes que nous étudierons fera l'objet d'un paragraphe spécial.

Dans le premier paragraphe, nous examinerons la théorie des trois fautes qui a été défendue par Cujas, Pothier et Vinnius.

Dans le deuxième, le système de Doneau qui ne reconnaît que deux espèces de fautes, mais subdivise la *culpa levis* en *culpa in faciendo* et *culpa in non faciendo*.

Dans le troisième, le système de MM. Hasse, Mühlenbruch et Vangerow, qui ne reconnaissent que deux fautes, mais qui admettent l'application de la loi Aquilia dans les relations contractuelles, toutes les fois qu'il y a eu *dammum corpore corpori datum*.

Dans le quatrième, le système de M. Ortolan, qui ne reconnaît que deux fautes, mais qui assimile la *culpa levis in concreto* à la *culpa lata*.

Dans le cinquième, le système de M. Du Caurroy, qui distingue deux espèces de fautes, mais ne reconnaît de *culpa lata* que dans la *negligentia dissoluta*.

Dans le sixième, le système de M. Molitor, qui n'admet pas l'existence d'une *culpa levis in concreto* et voit dans la *diligentia*, l'obligation de faire fructifier la chose.

Dans le septième, le système généralement admis qui reconnaît deux espèces de fautes : la *culpa lata* et la *culpa levis*, mais qui subdivise cette dernière en *culpa levis in concreto* et en *culpa levis in abstracto*.

§ I

Système des trois fautes

La théorie scolastique des trois fautes, faussement attribuée au droit romain, a régné en maître pendant plusieurs siècles dans notre jurisprudence française. Elle fut admise à la fois en pays de droit écrit et en pays coutumier où le droit romain était sur ce point « raison écrite et adoptée » (1). Elle était encore prédominante à l'époque de la promulgation du Code Civil.

Elle a été soutenue par Accurse et les glossateurs ; au seizième siècle : par Cujas (Commentaire sur la loi 23, *de regulis juris*) et l'école française à l'exception de Doneau ; au dix-septième siècle : par Etienne Pasquier (Explication des *Institutes de Justinien*) (liv. III ch. XXVIII), par Jacques Godefroy

(1) Bourjon : Droit com. de la France, à propos de chaque contrat.

(Commentaire de la loi 23 *de regulis juris*), par Vinnius (*Commentarius Institutionem* l. 3 t. 15), et par Pothier, dans différents traités et dans ses Pandectes. Elle fut défendue au dix-huitième siècle. en Allemagne, par Heineccius dans ses « *Elementa juris civilis* » et par Gérard Noodt dans ses « *Probabilium juris civilis libri* ».

Ces commentateurs distinguent trois sortes de diligence et par suite trois degrés de faute.

La première espèce de diligence est celle que les personnes les plus attentives apportent à leurs affaires, *diligentia diligentissimi patrisfamilias*, *exactissima diligentia* : l'absence de cette diligence constitue la faute très légère, *levissima culpa*.

La deuxième espèce de diligence est celle qui appartient au commun des hommes, *diligentia mediocris seu diligentia diligentis patrisfamilias* (Vinnius l. 3 t. 15) ; l'absence de cette diligence constitue la faute légère, *culpa levis*.

Enfin la troisième espèce de diligence est celle dont les hommes les moins attentifs ne sont pas dépourvus ; c'est à cette dernière espèce de diligence que correspond la faute lourde, *culpa lata*.

La faute lourde, dit Pothier (1), consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires. Cette faute est opposée à la bonne foi.

La faute légère est celle qui consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que le commun

(1) Tome II, traduction Bugnet. Observation au travail de Lebrun : Essai sur la prestation des fautes.

des hommes apporte ordinairement à ses affaires.

La faute très légère est celle qui consiste à ne pas apporter le soin que les personnes les plus attentives apportent à leurs affaires.

Il y aurait, par exemple, dit Vinnius (*de commodato* l. 3 t. 15) *culpa lata*, si quelqu'un laissait ouvertes pendant la nuit les portes ou les fenêtres d'une maison, de telle façon qu'on pût y entrer de plain pied.

La faute légère serait, au contraire, imputée à un individu qui ne fermerait pas de fenêtres trop élevées pour qu'on y entrât de plain pied, mais par lesquelles les voleurs pourraient s'introduire en se servant d'échelles, *admotis scalis*.

Quant à celui, continue Vinnius, qui n'aurait pas muni de contrevents ou de grilles, des fenêtres, *versus publicum remotiores locis in quibus dormit familia*, il serait tenu de la *culpa levissima*.

Comment décider de quel degré de faute on peut être tenu, ou en d'autres termes à quelle espèce de diligence on est assujetti dans les divers contrats ou quasi-contrats ?

Pothier et les autres partisans de ce système tranchent la question en établissant trois principes fondés, d'après eux, sur la loi 5 p. 1 D. l. 13 t. 6.

PREMIER PRINCIPE. — Dans les contrats qui sont faits dans l'intérêt exclusif du créancier, le débiteur n'est tenu que de la faute lourde.

On admet cependant plusieurs exceptions à ce principe : l'une pour le mandat ; l'autre pour la gestion d'affaires ; une troisième pour la tutelle.

DEUXIÈME PRINCIPE. — Dans les contrats et quasi-

contrats intervenus dans l'intérêt réciproque des parties, le débiteur est tenu de la faute légère : Tels sont les contrats de vente, de louage, de nantissement, de prêt, de société et le quasi-contrat de communauté.

TROISIÈME PRINCIPE — Dans les contrats qui sont faits dans l'intérêt exclusif du débiteur, celui-ci est tenu de la *culpa levissima* : tel est le prêt à usage, *commodatum*.

Barthole a résumé ces trois principes de la manière suivante :

« *In contractibus, qui celebrantur gratia dantis tantum venit dolus et lata culpa. In his qui gratia accipientis tantum, venit levis et levissima. In his qui gratia utriusque, venit lata et levis* ».

Nous allons examiner brièvement les arguments que Cujas, Vinnius et Pothier invoquent à l'appui de leur système.

PREMIER ARGUMENT. — La loi 5 p. 2 D. l. 13 t. 6. dit que le commodataire, dans l'intérêt exclusif duquel le contrat est fait, doit « *præstare culpam et diligentiam*. » Quand le contrat est fait dans l'intérêt réciproque des deux parties, Ulpien exige seulement *dolum et culpam*. Donc, ce jurisconsulte, en déclarant le commodataire responsable de la *culpa* et de la *diligentia*, a établi que l'expression *diligentia* se rapportait à une diligence extrême dans l'omission de laquelle consisterait la *culpa levissima*.

DEUXIÈME ARGUMENT. — La loi 18 pr. D. l. 13 t. 6 décide que le commodataire est tenu d'apporter la même diligence « *qualem quisque diligentissimus pater-*

familias suis rebus adhibet, ità ut tantum eos casus non præstet, quibus resisti non possit, id est exactissimam diligentiam. »

Gaius ajoute que si le commodat intervient dans l'intérêt des deux parties et non pas dans l'intérêt exclusif du commodataire, ce débiteur répond de sa faute « *ut ità culpæ fiat æstimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus æstimari solet.* »

Vinnius prétend que ce dernier paragraphe est une confirmation irréfutable de la théorie des trois fautes.

TROISIÈME ARGUMENT. — La loi 1 p. 4 D. l. 44 t. 7 dit également que le commodataire doit « *custodiendæ rei exactissimam diligentiam præstare.* »

QUATRIÈME ARGUMENT. — Justinien (§ 4 Inst. l. 3 t. XIV), traitant de la responsabilité du créancier gagiste, donne la solution suivante : *Placuit sufficere quod ad rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet, quia pignus utriusque gratià datur.* Donc, conclut Pothier, en raisonnant à *contrario*, si le contrat était dans l'intérêt exclusif du créancier, la diligence du créancier gagiste devrait être *exactissima*.

CINQUIÈME ARGUMENT. — Ulpien s'exprime ainsi dans la loi 13 p. 1 D. l. 13 t. 7 : *Venit autem in hac actione (pigneratitià) et dolus et culpa, ut in commodato ; venit et custodia : vis major non venit.*

Ainsi le dol comprend la faute lourde, la *culpa* signifie la faute légère, par conséquent, la *custodia*, qui est quelque chose de plus que la faute légère et quelque chose de moins que la force majeure, constitue la faute très légère.

En résumé, les anciens interprètes ont cru voir en rapprochant l'expression « *culpa levissima* » de l'expression « *præstare culpam et diligentiam* » que « *præstare culpam* » signifiait « *præstare culpam levem* » et que « *præstare diligentiam* » signifiait « *præstare culpam levissimam.* »

Au premier abord cette théorie peut paraître séduisante à cause de la gradation des antithèses qu'elle renferme. Mais un examen un peu approfondi nous convaincra facilement que cette division tripartite n'a pas de raison d'être en droit romain. Nous démontrerons, en effet, que ce système est :

1° Incompatible avec les textes ;

2° Contraire à l'équité ;

3° Irréalisable dans la pratique.

Ulpien, dans la loi 5 § 2 D. l. 13 t. 6, de même que dans la loi 23 D. l. 50, t. 17, n'a pas placé au commencement du texte le mot « *diligentia* » à côté des mots « *dolus et culpa* ; » il n'a donc pas voulu admettre un troisième degré de faute. D'ailleurs l'expression *præstare culpam et diligentiam* n'a guère été employée que par ce jurisconsulte. Elle signifie qu'on est non seulement responsable de sa faute mais qu'on l'est encore de cette espèce de faute qui se mesure sur la diligence d'un bon père de famille. Ulpien, en employant cette expression, a simplement voulu exprimer l'idée que la faute du commodataire doit s'apprécier *in abstracto*.

Pothier et Vinnius ont tort de dire que les termes *exacta et exactissima diligentia* demandent comme antithèses, *levis et levissima culpa*. En effet, dans les passages où ces termes se rencontrent, le super-

latif *exactissima diligentia* n'a aucune valeur technique. Ce n'est qu'une variante de style, les jurisconsultes romains se servaient indifféremment du positif et du superlatif.

Nous avons la conviction que la *levissima culpa* n'est autre chose que *levis culpa*, *levior culpa*, *omnis culpa*, conformément au génie de la langue latine dans laquelle souvent le superlatif est tout simplement un positif fortement exprimé. Si la théorie de Pothier était exacte, nous trouverions continuellement dans les textes l'expression « *levissima culpa*. » Or, il n'en est rien, cette expression ne se trouve qu'une seule fois dans le corps entier des lois romaines, et c'est au titre de la loi Aquilia (loi 44 pr. D. l. 9 t. 2) au sujet de rapports extracontractuels dans lesquels toute atteinte à la chose d'autrui est illégitime et tout dommage est imputable. Ulpien a donc entendu s'occuper dans ce texte du dommage causé par un fait en dehors de toute obligation préexistante et nullement du dommage qui résulte de l'inexécution d'une obligation. Les textes ne parlent jamais que de la *culpa* ou de la *culpa levis*, quand il s'agit de mentionner un degré de responsabilité plus étendue que le *dolus* ou la *culpa lata*; il ne reste donc pas de place à assigner à la *culpa levissima*. (loi 32 D. l. 3 t. 5; loi 33 D. l. 13 t. 7; loi 52 p. 3 D. l. 17 t. 2; loi 2 p. 1 D. l. 18 t. 6; loi 13 C. l. 4 t. 35).

Ajoutons qu'il nous est facile de prouver que les lois opposent formellement la *culpa levis* à l'*exactissima diligentia*.

Nous pourrions citer :

1° Le § 1 Inst. l. 3 t. 27, où Justinien dit, en parlant du *negotiorum gestor*: *Ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem.*

2° La loi 16 D. l. 13 t. 1, où Pomponius dit que dans le commodat on n'est pas tenu *ultrà culpam*.

3° La loi 3 D. l. 18 t. 6, où Paul affirme que le vendeur *custodiam talem præstare debet quàm præstant hi quibus res commodata est*. Or le vendeur, ce n'est contesté par personne, n'est tenu que de la *culpa levis*.

4° La loi 13 p. 1 D. l. 13 t. 7, où Ulpien lui-même, sur l'autorité duquel est fondé le système de la tradition, dit, en parlant du créancier gagiste qui, sans aucun doute, est tenu de la *culpa levis*: *Venit autem in hac actione et dolus et culpa ut in commodato.*

5° La loi 17, p. 2 D. l. 19, t. 5, où Ulpien décide expressément que le débiteur doit seulement *præstare dolum et culpam*, qu'il soit intéressé au contrat seul ou avec le créancier.

6° La loi 23 D. l. 50, 17, où Ulpien met sur la même ligne au point de vue de la responsabilité, le commodataire, le vendeur, le locataire et le créancier gagiste.

7° La loi 108 p. 12 D. *de legatis* l. 30, où Africain dit de la façon la plus formelle que la *culpa* est appréciée de la même façon, que le contrat intervienne dans l'intérêt exclusif d'une partie ou dans l'intérêt réciproque des deux parties.

Nous pouvons encore ajouter que les partisans de la théorie des trois fautes ne peuvent rien conclure de la loi 18 pr. *in fine* D. l. 13, t. 6. Cette loi portait très certainement à l'origine : « *Sicut in rebus fiduciæ datis* » au lieu de « *Sicut in rebus*

pignori datis. » Elle a été altérée par Tribonien qui, dans son œuvre de compilation, supprimait partout la mention de la fiducie.

L'argument *à contrario* que Pothier tire du § 4, Inst. l. 3, t. 14, n'est nullement la conclusion qu'il faut tirer de ce texte. La responsabilité dont Justinien veut décharger le créancier gagiste, n'est pas celle d'une négligence ou d'une faute quelconque, mais celle des cas fortuits. Nous pouvons citer à l'appui de cette assertion, la loi 30 D. l. 13, t. 7 et la loi 6 Code l. 14, t. 24.

A l'argument tiré de la loi 13 p. 1^{re} D. l. 13 t. 7, nous répondrons que la *custodia* ne constitue point un degré particulier dans la théorie de la prestation des fautes; elle précise dans certains cas l'obligation de veiller à la garde, à la conservation d'une chose appartenant à autrui. La *custodia* n'est qu'une variété de la *culpa levis in abstracto*.

L'examen des textes qui assimilent le commodat aux autres contrats, où il y a intérêt des deux parties, détruit complètement l'argumentation de Pothier qui établit une responsabilité spéciale pour le commodat, en l'isolant des autres contrats.

Le système des trois fautes fait encore violence aux textes en confondant dans le même degré de prestation tous les contrats qui se forment dans l'intérêt réciproque des parties.

En partant de ce principe, Pothier met à tort sur la même ligne des personnes que les textes traitent d'une manière différente au point de vue de la faute, le vendeur et l'associé par exemple. L'associé ne contracte pas dans un but de spécu-

lation comme le vendeur. C'est ainsi notamment que la loi exige de l'associé *diligentiam qualem suis rebus adhibere solet* (loi 72 D. l. 17 t. 2) et du vendeur *diligentiam exactiorem quam in suis rebus adhiberet* (loi 3 D. l. 18 t. 6).

Il ressort jusqu'à l'évidence des textes que ce n'est pas au point de vue de l'intérêt seul qu'on doit classer les contrats.

Ainsi, par exemple, le précariste, seul intéressé cependant, ne répond que de son dol (Loi 8, p. 3, D. l. 43, t. 26). Le mandataire qui rend un service gratuit et qui, d'après le système de Pothier, ne devrait être tenu que de la faute lourde, doit répondre de toute faute, *omnem culpam* (loi 13, Code l. 4, t. 35).

Il n'est donc pas possible d'expliquer avec le système de Pothier comment le dépositaire ne répond pas de la faute lourde, tandis que le gérant d'affaires et le mandataire répondent de toute faute, quoique le contrat ou le quasi-contrat ne présente aucune utilité pour eux.

En outre, la loi 25, p. 16 D. l. X, t. 2, exige seulement du cohéritier le soin qu'il apporte à ses propres affaires. Il devient, par conséquent, impossible d'assimiler le cohéritier au vendeur, comme le prétend Pothier. A l'inverse, ce jurisconsulte établit une différence entre le vendeur et le commodataire que pourtant, les textes mettent sur la même ligne (loi 36, D. l. 19, t. 1).

Nous croyons avoir démontré que la théorie des trois fautes était en opposition avec les textes du droit romain.

A ces arguments de texte qui détruisent complètement la division tripartite des fautes, viennent se joindre des raisons de justice et d'équité.

Il ne serait pas logique de faire résulter pour le débiteur une aggravation de responsabilité de cette circonstance que l'autre partie n'est pas intéressée au contrat. Aussi les lois romaines ont-elles mis le *commodat*, dans lequel l'emprunteur seul retire un avantage, sur la même ligne, au point de vue de la responsabilité, que la vente et le gage dans lesquels il y a avantage des deux côtés (loi 3, D. l. 13, t. 6).

Il n'y a aucune raison pour faire une différence entre le débiteur obligé dans son intérêt exclusif et le débiteur qui rend un service en échange de celui qu'il reçoit. On comprendrait très bien qu'on fit une différence entre celui qui est intéressé dans un contrat et celui qui agit par pure libéralité, mais il ne serait pas raisonnable d'admettre que l'absence d'un intérêt pour le contractant dût avoir une influence sur la responsabilité du débiteur. Ce dernier ne peut, en effet, encourir de responsabilité qu'à l'occasion de ses propres actes; il ne peut en supporter une pour une cause qui lui est étrangère.

Il nous reste à démontrer que la théorie des trois fautes est irréalisable dans la pratique.

Il paraît incontestable après un sérieux examen des lois romaines que les jurisconsultes ne distinguaient que deux espèces de diligence : la diligence d'un bon père de famille, *diligentia diligentis patrisfamilias* et la diligence *quam quisque in suis rebus exhibet*.

La *diligentia diligentis patrisfamilias* se trouve, dans un grand nombre de textes, opposée au *casus fortuitus* et à la *vis major* comme un degré de soins au-delà duquel il n'existe aucune imputabilité (loi 32, D. l. 3, t. 5 et loi 30, D. l. 13, t. 7).

S'il y avait une différence entre les mots *diligentis* et *diligentissimi patrisfamilias diligentia*, *exacta* et *exactissima diligentia* on trouverait dans les textes les contradictions les plus étonnantes. En effet, d'après la loi 5 p. 5 D. l. 13 t. 6, le commodataire *eustodiam, diligentiam debet præstare*, tandis que le, conducteur qui se serait chargé d'un transport serait tenu de la *culpa levissima* (loi 25 p. 7 D. l. 19 t. 2), alors qu'il ne contracte pas dans son seul intérêt comme le commodataire.

Comment les juriconsultes romains auraient-ils pu exiger du débiteur les soins d'un père de famille supérieur, c'est-à-dire des soins plus étendus que ceux d'un homme essentiellement minutieux et attentif, sans lui imposer dans la plupart des cas une responsabilité impossible, une responsabilité qui aurait dépassé ses forces ?

D'ailleurs la recherche de ce terme de comparaison n'aurait-elle pas abouti dans la pratique à des difficultés insurmontables ? Où prendre, en effet, le type de l'homme soigneux et diligent par excellence ? Est-il possible de trouver dans le commun des hommes ce phénix qui, par un raffinement de prévoyance et par des prodiges d'activité, prévient toutes les omissions ? Cet homme aux cent yeux, *totus oculus*, comme l'homme de la fable de Phèdre, est un mythe ; il n'a jamais eu d'existence réelle.

La faute très légère échappe donc à une appréciation précise; il n'est guère possible de se représenter le meilleur des pères de famille. *Culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esse provisum* (loi 31 D. l. 9 t. 2).

Nous pourrions ajouter qu'en matière de contrats une pareille responsabilité serait en opposition ouverte avec la volonté des parties. Le législateur ne peut pas imposer aux parties contractantes une perfection que leur nature ne comporte pas. Le législateur qui l'exigerait irait évidemment au-delà des limites tracées par la nature même, il dépasserait, dit Celsus, *eum modum quem hominum natura desiderat* (loi 23 D. l. 16 t. 3). Quand un homme a pris toutes les précautions que suggère la prudence ordinaire; quand il a constamment fait preuve de cette diligence attentive qui est l'apanage du bon père de famille, il a rempli son devoir aux yeux de la loi.

Au surplus, nous l'avons dit précédemment, les lois doivent être faites en vue de la masse des hommes qui ne se compose nullement de pères de famille supérieurs; elles doivent être faites non pour des cas exceptionnels, mais pour la généralité.

Les Romains étaient trop pratiques pour admettre comme droit commun, ne fût-ce que pour quelques contrats limitativement déterminés, une diligence véritablement exorbitante, et méconnaître, par le fait même, les principes primordiaux de toute législation.

La division tripartite est très ingénieuse, il faut le reconnaître, mais elle est l'œuvre exclusive des

anciens commentateurs. Elle est totalement étrangère aux jurisconsultes de l'époque classique qui n'ont pas connu la faute très légère.

La théorie des trois fautes ne constitue pas seulement une erreur historique, mais encore une véritable erreur juridique, en ce sens que les commentateurs la présentaient non seulement comme ayant été le système du droit romain, mais encore comme étant le système rationnel à adopter.

Aujourd'hui cette théorie ne rencontre plus, pour ainsi dire, de défenseurs. Dans l'ancien droit elle était passée dans nos lois, mais elle a été expressément abrogée par l'article 1137 du Code civil. Il paraît, en effet, bien résulter des travaux préparatoires que les rédacteurs du Code ont voulu abroger la doctrine des commentateurs « plus ingénieuse qu'utile » (1). La théorie de Pothier n'a été soutenue dans notre droit français que par Proudhon (Usufruit, t. III, N° 1487) et par Duranton (tome X, N° 390).

Tous les systèmes que nous allons exposer dans la suite auront ceci de commun qu'ils n'admettent pas l'existence d'une *culpa levissima*.

§ II

Système de Doneau

Dans l'ancien droit la théorie tripartite des fautes

(1) Exposé des motifs présenté par Bigot-Préameneu ; Locré, Lég. civ. XII, p. 326 et p. 431.

était enseignée par tous les interprètes. La première protestation qui se soit élevée contre ce système, date du 15^me siècle; elle émane de Corrasius. L'opinion de ce jurisconsulte fut adoptée par Kahl dans son « *glossarium juridicum* » et fut enseignée au 16^me siècle par Doneau.

Le système de ce savant commentateur est exposé dans ses *Commentaria juris civilis* (chapitre II du livre 13 et chapitre 7 du livre 16).

Doneau s'est principalement attaché à démontrer que les lois romaines ne pouvaient pas servir de fondement à une division tripartite.

Voici l'exposé de son système :

Une faute est tout fait non prémédité qui nuit à autrui sans droit, *culpa est omne factum inconsultum, quo nocetur alii injuriâ*.

Doneau soutient qu'il n'y a que deux espèces de fautes : la faute lourde et la faute légère, *lata et levis*.

La faute lourde, assimilée au dol, se reconnaît à deux caractères :

1° *Non præstare eamdem diligentiam alienis rebus quàm suis.*

2° *Non intelligere quod omnes homines intelligunt.*

La faute légère est tout fait imprudent ne rentrant ni dans le dol ni dans le cas fortuit, par lequel on porte sans droit préjudice à autrui.

D'après cet interprète, il n'y a aucune différence à faire entre la *culpa levis* et la *culpa levissima* (l. 16, ch. VII, § 16). Le mot *culpa*, employé sans qualificatif, se rapporte à la *culpa levis*, la faute lourde étant toujours désignée par le mot *dolus*.

Doneau prétend cependant qu'il faut faire une

distinction entre la *culpa in faciendo* et la *culpa in non faciendo*.

Ce jurisconsulte appuie à tort son assertion sur la loi 91 D. l. 45 t. 1, dans laquelle Paul a employé ces deux expressions sans avoir l'intention d'établir une division de la *culpa*.

Doneau fait remarquer que cette division ne présente aucun intérêt en ce qui concerne la *culpa lata*, car la faute lourde, qu'elle soit occasionnée *sive facto aliquo, sive negligentia debitoris*, est assimilée au dol et engage toujours la responsabilité.

Cette distinction, entre le fait et l'omission, a plus d'importance, ajoute-t-il, lorsqu'il s'agit de la faute légère. Il y a, en effet, des contrats où l'on doit compte seulement de la faute commise *in faciendo* et non de la faute *in non faciendo* ; d'un autre côté, il y a certains contrats qui entraînent l'une et l'autre responsabilité.

Doneau cherche à prouver, d'après les lois romaines, que l'expression « *præstare ulpam* » correspond à la « *culpa levis in faciendo* » ; et que l'expression « *præstare culpam et diligentiam* » correspond à la « *culpa in non faciendo* » ; il avoue toutefois que les jurisconsultes romains n'établissaient pas ouvertement, *aperté*, cette distinction.

Doneau range les contrats en trois catégories :

- 1° *Qui dolum tantum recipiunt.*
- 2° *Qui levem culpam recipiunt tantum quæ in faciendo sit, non quæ in omittendo negligendo.*
- 3° *Qui utramque levem culpam recipiunt.*

Dans la première catégorie, il place le dépôt et le précaire.

Dans la deuxième, la communauté, la dot, la société et la tutelle.

Dans la troisième, le commodat, le gage, le louage et la vente.

Le système de Doneau n'est nullement conforme aux textes ; il viole particulièrement les deux lois fondamentales de la matière : loi 5 p. 2 D. l. 13 t. 6 et la loi 23 D. l. 50, 17.

L'expression *diligentia*, nous l'avons vu dans le système précédent, est corrélatrice à la *culpa levis* appréciée *in abstracto*. De plus le débiteur qui est seulement tenu de la diligence *quam rebus suis adhibet*, répond également de ses actes positifs et de ses omissions (loi 1 pr. D. l. 27 t. 3 ; loi 24 p. 5 D. l. 24 t. 3).

La distinction entre la *culpa in faciendo* et la *culpa in non faciendo* n'a d'importance réelle qu'en ce qui concerne la responsabilité résultant des délits et des quasi-délits. Elle présente également de l'intérêt en ce qui concerne les contrats de droit strict, mais elle n'a aucune raison d'être par rapport aux contrats de bonne foi puisque le débiteur est tenu à la fois de la faute *in committendo* et de la faute *in omittendo*. Le système de Doneau doit donc être rejeté.

Cette théorie compte quelques partisans en Allemagne ; elle a été soutenue en Allemagne par Thibaut (System des Pandekten Rechts, II, § 141 et suiv.) et par Loehr (Beiträge zu der Theorie der Culpa, § 26 et suiv.).

§ III

**Système de MM. Hasse, Muhlenbruch
et Vangerow (1)**

La faute grave et la faute légère sont les seuls degrés de faute que le droit romain ait distingués.

La *culpa levis* se subdivise en *culpa levis in abstracto* et en *culpa levis in concreto*.

La *culpa levis in concreto* est considérée comme une exception ayant pour but de tempérer dans quelques cas les rigueurs de la *culpa levis*.

La distinction entre la *culpa lata* et la *culpa levis* ne s'applique qu'au dommage dont on n'aurait pas été tenu en dehors du lien de l'obligation. Ce dommage est particulièrement désigné par le mot *negligentia*.

Elle ne s'applique donc pas au dommage, *damnum injuriæ datum*, dont on est tenu en dehors de tout lien contractuel, en vertu de la loi Aquilia. Ce dommage est désigné par le mot *culpa*.

Le *damnum corpore corpori datum* donne lieu à l'application de la loi Aquilia dans les relations contractuelles comme en dehors de ces relations.

D'après la théorie de M. Hasse, le créancier qui

(1) Hasse (*Die culpa des Romischen Rechts*). — Muhlenbruch (*Doctrina Pandectarum*, § 351 et suiv.) — Vangerow (*Lehrbuch der Pandecten*, t. I, § 103 et suiv.) — M. Alban d'Hautuille a donné un court exposé de ce système dans la Revue des revues de droit, tome I (1838), p. 24 à 34.

veut poursuivre l'auteur du dommage, du chef du *damnum corpore corpori datum*, a le choix entre l'action du contrat et l'action *ex lege aquilia* (loi 18 p. 1 D. l. 13 t. 6). D'où cette conséquence que les héritiers sont tenus, non seulement jusqu'à concurrence de leur enrichissement, mais solidairement de tout le dommage (loi 10 D. l. 10 t. 3). Toutefois, pour que le *damnum corpore corpori datum* puisse être poursuivi par l'action du contrat, M. Hasse exige que ce *damnum* résulte d'une faute dont le débiteur doit répondre en vertu du contrat.

Mais, ajoute Muhlebruch, si le *damnum injuriæ datum* ne donne pas lieu à la responsabilité contractuelle, il donne toujours naissance à l'action *legis aquiliæ*. En effet, un fait qui serait imputable à un tiers non lié par un *vinculum juris* ne peut cesser d'être imputable à une personne à raison d'une obligation qu'elle a contractée (loi 27 p. 29 D. l. 9 t. 2). Par exemple un dépositaire, débiteur *ex contractu*, pourra être poursuivi en vertu de la loi Aquilia, s'il a commis une *culpa levis* constituant un *damnum corpore corpori datum*, bien qu'en vertu du contrat de dépôt, il n'ait à répondre que de la *culpa lata*.

M. Hasse divise les contrats en trois classes qui correspondent aux trois prestations : *culpa lata*, *culpa levis in concreto*, *culpa levis in abstracto*, mais il prend soin d'établir trois principes qui règlent la répartition des contrats dans chacune des trois classes.

PREMIER PRINCIPE. — Il est des cas où l'on se

trouve chargé de gérer une affaire comme représentant de la personne d'autrui.

Cette charge est subie volontairement ou forcément.

Dans le premier cas, on est tenu de toute faute, on est tenu de l'*exactissima diligentia*, de la diligence du bon père de famille. C'est ainsi que sont tenus le mandataire et le gérant d'affaires.

Dans le second cas, on est tenu de la *diligentia quam suis rebus adhibere solet*. Ceci s'applique aux tuteurs et curateurs.

DEUXIÈME PRINCIPE. — Il est des cas, où, sans représenter la personne d'autrui, on est chargé d'une surveillance qui est entièrement dans l'intérêt d'autrui, c'est alors qu'il faut distinguer si le débiteur retire ou non un avantage du contrat.

Si le débiteur n'a aucun intérêt au contrat, il n'est tenu que du dol et de la faute lourde. Tels sont le dépositaire et le fiduciaire.

Si le débiteur retire un avantage du contrat, il est tenu de la *culpa levis in abstracto*. Tels sont le commodataire, le vendeur, le locataire, le créancier gagiste, l'usufruitier et l'héritier envers les légataires.

TROISIÈME PRINCIPE. — Il est des cas où l'on peut être chargé de gérer une affaire commune ou de veiller à la conservation d'une chose, on agit alors dans l'intérêt d'autrui ou dans son propre intérêt.

Dans ces cas on est simplement tenu de la *culpa levis in concreto*. Exemple : la société, la

communauté, l'administration des biens dotaux.

Tel est, en quelques mots, l'exposé de cette théorie très savante; il est vrai, mais absolument contraire aux textes du droit romain.

M. Hasse a tort de prétendre que le *damnum corpore corpori datum* doit être « presté » de la même façon dans les relations contractuelles comme en dehors de ces relations.

Il est impossible d'admettre que le contrat n'exerce aucune influence sur l'imputabilité du *damnum*. Le mandataire, par exemple, qui, dans l'exécution de son mandat, commettrait une faute très légère en détériorant la chose, ne peut encourir la même responsabilité que le tiers qui, en dehors de tout mandat, s'emparerait de la chose et l'endommagerait. Dans le premier cas, le débiteur n'exécute pas le contrat qui lui impose l'obligation d'un certain degré de diligence ; dans le second, le tiers se permet de disposer sans aucun droit de la chose d'autrui. L'un répond du dommage qu'il a causé en violant la loi particulière du contrat, l'autre tombe sous l'application générale du principe : *In lege aquilià et levissima culpa venit*.

Il ne faut donc pas dire, avec M. Hasse, que l'imputabilité du *damnum injurià datum* est toujours absolue. Cette imputabilité n'est absolue qu'en dehors des relations contractuelles. Dans les contrats, cette imputabilité se modifie à raison des rapports juridiques. En effet, l'une des parties contractantes peut avoir à répondre de certains dommages dont elle n'aurait pas eu à répondre si l'obligation n'avait pas existé. A l'inverse, la responsabilité

contractuelle peut être moins rigoureuse dans certains cas que celle qui nous incomberait en dehors de tout lien contractuel.

Le contrat peut avoir pour résultat de rendre licites certains actes prohibés par la règle générale : *Neminem laedas*, de rendre conformes au droit des actes qui, en dehors du contrat, auraient constitué une *injuria*.

Dans les relations contractuelles, la seule question qui se pose est de savoir si nous avons disposé de la chose selon les fins du contrat et si nous avons employé le degré de diligence dont nous étions tenus.

La responsabilité qui résulte du contrat est plus rigoureuse que la responsabilité aquilienne en ce sens que le débiteur répond et de ses actes et de son inaction. M. Hasse est d'accord avec nous sur ce point. D'un autre côté, la responsabilité contractuelle est moins rigoureuse en ce sens que le débiteur ne répond pas de toute espèce de fautes, mais seulement de celles qui sont à sa charge d'après la nature du contrat.

Le contrat fait la loi des parties ; il constitue, sous le rapport de la responsabilité, une dérogation aux règles générales de la loi Aquilia.

Nous ne pouvons donc accepter la distinction établie par MM. Hasse, Mulhembruch et Vangerow entre le *damnum injuriæ datum* correspondant au mot *culpa* et le *damnum extrinsecus* correspondant au mot *diligentia*. Mais nous reconnaitrons à M. Hasse le mérite d'avoir assis sur des bases irréfutables la théorie des deux fautes.

§ IV

Système de M. Ortolan

Ce système a été soutenu par M. Ortolan dans ses Instituts expliqués (tome II, p. 353).

Il divise la faute en deux degrés : la *culpa lata* et la *culpa levis*.

Il prétend que les jurisconsultes romains ont admis, pour apprécier la faute lourde, deux termes de comparaison : l'un absolu, l'autre relatif.

Dans le premier terme, ils ont pris pour type le commun le plus grossier des hommes. *Non intelligere quod omnes intelligunt*. La *culpa lata* est ici considérée *in abstracto*.

Dans le second terme, ils ont pris pour type le caractère habituel de la personne dont il s'agit d'apprécier les actes. *Talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet*. La *culpa lata* est considérée ici *in concreto*.

Ces deux termes de comparaison qui forment la *culpa lata* sont assimilés au dol.

Pour apprécier la faute légère les jurisconsultes romains ont pris pour type le père de famille le plus soigneux, le plus diligent, *diligentissimus paterfamilias*.

Dans ce système, la *culpa levis* est toujours appréciée *in abstracto*.

M. Ortolan n'admet que deux degrés de prestation, comme il n'admet que deux espèces de fautes.

Aussi, divise-t-il les contrats en deux classes :

1° Sont tenus de la *culpa lata*, c'est-à-dire de la faute que ne commet pas le commun des hommes ou de celle qu'une personne ne commet point dans l'administration de ses propres affaires : le dépositaire, l'associé, le communiste, le cohéritier dans la gestion de la chose commune, le mari dans l'administration des biens dotaux, le tuteur et le curateur.

2° Répondent de la *culpa levis*, c'est-à-dire de celle que ne commet point le *diligentissimus paterfamilias* : le commodataire, le vendeur, le créancier gagiste, le locataire, le mandataire, le *negotiorum gestor*.

Le système de M. Ortolan condamne la division tripartite des fautes.

Il ne reconnaît pas de *culpa in concreto* dérivant de la *culpa levis*.

M. Ortolan affirme que le fait de ne pas apporter la diligence que l'on a coutume d'apporter dans ses propres affaires est un manquement à la bonne foi. *Nec enim salvà fide minorem iis quàm suis rebus diligentiam præstabit.*

La *culpa levis in concreto*, d'après la théorie de M. Ortolan, est donc assimilée à la *culpa lata*. Ce jurisconsulte a évidemment confondu une négligence légère avec une négligence excessive. Ce n'est pas manquer à la bonne foi que de commettre une *culpa levis* appréciée *in concreto*.

M. Ortolan appuie son système sur la loi 32 D. l. 16 t. 3 et sur la loi 22 p. 3 D. l. 36 t. 1, mais ces textes ne sont nullement probants, ils se réfèrent à des hypothèses spéciales, comme l'a très bien démontré Heineccius (*Elementa juris*, § 787).

Dans la loi 32, Celse prévoit le cas d'un homme excessivement négligent pour ses propres affaires et qui l'est encore plus en ce qui concerne la chose due.

La loi 22 ne regarde comme *culpa lata* que la faute qui est tout à la fois *non levis* et *non consueta*. Le caractère de *non consueta* n'est donc pas suffisant.

Le système de M. Ortolan est en contradiction flagrante avec les textes fondamentaux de la matière qui distinguent trois degrés de responsabilité : le *dolus*, la *culpa* et la *diligentia*.

Il ne peut s'accorder avec la définition que la loi 213 p. 2 D. l. 50 t. 16, donne de la *culpa lata*.

Il est en désaccord avec la loi 1 p. 5 D. l. 44 t. 7 qui sépare formellement la *culpa levis* appréciée *in concreto* de la *culpa lata*.

Le dépositaire qui rend un service gratuit ne répond que de son dol et de sa faute lourde, tandis que l'associé répond de son dol, de sa faute lourde et de sa *culpa levis* appréciée *in concreto* (§ 9 Inst. l. 3 t. 25). Or si, comme le prétend M. Ortolan, la *culpa levis* appréciée *in concreto* se confondait avec la *culpa lata*, quelle serait la différence existant, au point de vue de l'appréciation de la faute, entre le dépositaire et l'associé ?

En outre, le système de M. Ortolan ne permet pas d'appliquer les principes admis en matière de

preuve. Nous avons expliqué précédemment que, comme le dol ne se présume pas, le demandeur doit le prouver. Si la *culpa levis in concreto* est assimilée au dol, le demandeur devra donc prouver que le défendeur n'a pas apporté dans l'exécution du contrat la diligence qu'il apporte habituellement dans ses propres affaires (loi 18 p. 1 D. l. 22 t. 3).

A l'inverse, si, conformément aux textes, la *culpa levis* n'est pas confondue avec le dol, comme dans le contrat de société, par exemple, l'associé, en répondant à son coassocié qu'il commet habituellement dans ses propres affaires des fautes semblables à celles qu'on lui reproche dans les affaires communes, opposera une exception dont il devra faire la preuve.

Le système de M. Ortolan n'est donc pas admissible. Il n'a d'ailleurs pas été soutenu dans notre droit, mais il faut reconnaître au savant jurisconsulte le mérite d'avoir très bien analysé la notion de la faute et d'en avoir fait ressortir d'une façon remarquable les principaux caractères.

§ V

Système de M. Du Caurroy

M. Du Caurroy s'est occupé de la théorie des fautes dans son Commentaire des Institutes de Justinien (tome II, n^{os} 1070 et suiv.) à propos du § 9, Inst. de *societate* l. 3, t. 25.

Il distingue deux espèces de fautes mais trois degrés de responsabilité :

1° La *culpa lata, proxima dolo* et résultant de la *dissoluta negligentia* (Loi 29, pr. D. l. 17, t. 1) ;

2° La *culpa levis*, la faute légère ou faute proprement dite.

La faute proprement dite s'apprécie tantôt dans un sens relatif, tantôt dans un sens absolu. L'une tient à l'appréciation des qualités, des habitudes personnelles de celui à qui on l'impute, c'est la faute *in concreto*.

L'autre est indépendante de ces qualités et habitudes, c'est la faute *in abstracto*.

M. Du Caurroy divise les contrats en trois catégories.

Dans la première, il place le dépositaire qui répond du dol et de la *culpa lata*.

Dans la seconde, il place les associés, les communistes, le mari à l'égard des biens dotaux, l'héritier ou le légataire à l'égard des choses qu'un fidéicommis l'oblige de restituer. Ceux-là répondent de la *culpa in concreto*.

Enfin dans la troisième, le *negotiorum gestor*, le mandataire, le commodataire, le vendeur, le locataire et le créancier gagiste répondent de la *culpa et diligentia*, c'est-à-dire de la *culpa levis in abstracto*.

Le système de M. Du Caurroy serait très acceptable, s'il n'avait pas négligé un des caractères essentiels de la *culpa lata*.

Ce jurisconsulte n'a pas remarqué qu'il y avait également faute grave, lorsqu'étant chargé des

affaires d'autrui, on les soignait sciemment moins bien que ses propres affaires.

La *culpa lata*, dérivant de la *negligentia dissoluta*, ne s'applique, en effet, qu'aux personnes dont l'intelligence obtuse ne comprend pas ce que tout le monde comprend, *non intelligit quod omnes intelligunt*.

§ VI

Système de M. Molitor

M. Molitor prétend que la *culpa in concreto* est aussi étrangère au droit romain que l'expression elle-même.

Il est impossible, dit-il, d'établir une ligne de démarcation entre le dol et la *culpa levis in concreto*. Celui qui tombe dans une faute qu'il ne commet pas dans ses propres affaires, manque à la bonne foi. La *rebus suis consueta diligentia* n'est donc que la limite de la faute grave.

M. Molitor ne se contente pas d'identifier la *culpa levis in concreto* et la *culpa lata* et d'assimiler ces deux notions au dol. Il voit même dans le *rebus suis consuetam diligentiam non adhibere* le seul élément essentiel de la faute lourde; le *non intelligere quod omnes intelligunt* ne serait que secondaire, de telle sorte que le fait de laisser ouverte pendant la nuit la porte de sa maison ne constituerait pas une faute grave, si pareille négligence était habituelle.

Les mots *culpa* et *diligentia*, dit M. Molitor, sont

synonymes, lorsqu'ils sont opposés au *dolus* (loi 68 D. l. 18 t. 1).

Lorsque les mots *culpa* et *diligentia* sont employés cumulativement, ils ont chacun une signification différente.

Le mot *culpa* opposé à la *diligentia* ne se rapporte qu'à la conservation de la chose.

Le mot *diligentia* opposé au mot *culpa* implique l'obligation, non seulement de conserver et de garder la chose, mais encore de tenir compte des fruits naturels ou civils de la chose, des intérêts d'un capital, des profits d'une gestion ou d'une administration, jusqu'à la diligence du bon père de famille (loi 5, p. 2 D. l. 13, t. 6).

La *diligentia* se rapporte à tout le profit, non seulement au profit qu'on a réellement fait, mais encore à celui qu'un homme diligent aurait pu faire (loi 21 D. l. 18 t. 4 ; loi 5 p. 15 D. l. 13 t. 6 ; loi 13 p. 1 D. l. 22 t. 1 ; loi 24 code l. 4 t. 32 ; loi 2 code l. 8 t. 25).

C'est pourquoi le créancier gagiste est comptable, non seulement des fruits qu'il a perçus, mais encore de ceux qu'il aurait dû percevoir (loi 3, code l. 4 t. 24).

C'est ce qui explique pourquoi le commodataire qui, non seulement use de la chose prêtée, mais encore des fruits qu'elle donne, est tenu d'une diligence supérieure (loi 5 p. 9 D. l. 13 t. 6).

Le débiteur qui est tenu de la *diligentia* ne répond pas seulement du *damnum emergens*, du préjudice causé (loi 2 p. 8 D. l. 13 t. 4), mais aussi du *lucrum cessans*, c'est-à-dire du bénéfice que le

créancier a manqué de faire par suite de la négligence du débiteur. Celui qui est tenu de la *diligentia* devra donc prouver qu'il a employé les soins d'un bon père de famille en ce qui concerne le « *lucrum* » et les « *commoda rei* ».

Sont tenus de la *diligentia* : le commodataire, le vendeur, le créancier gagiste, le mandataire et le gérant d'affaires.

En résumé, M. Molitor voit dans l'obligation de faire fructifier la chose un troisième degré de la faute, la *diligentia*.

M. Molitor n'a pas considéré que l'obligation de rendre compte des fruits et des intérêts était une obligation spéciale ; c'est une obligation qui dépend de la nature de la convention ; elle est tout à fait indépendante de l'obligation de conserver la chose.

Les textes que nous avons cités plus haut ne donnent nullement au mot de *diligentia* le sens que M. Molitor entend lui donner.

Ulpien, dans la loi 5 p. 15 D. l. 13 t. 6, invoquée par M. Molitor, s'occupe du commodat d'un char. Ce jurisconsulte exige que le commodataire réponde du défaut de diligence, mais il n'a pu s'occuper que de l'obligation de conserver la chose, puisqu'un char ne produit pas de fruits.

La loi 38 D. l. 39 t. 2 exige du vendeur la *diligentia*, mais ne l'oblige à aucune responsabilité en ce qui concerne les fruits.

Il paraît donc évident que l'obligation de faire fructifier ne se rattache nullement à la théorie de la prestation des fautes.

§ VII

Système adopté par la majorité des auteurs

Nous arrivons enfin au dernier système adopté par la grande majorité des jurisconsultes.

Ce système, que nous considérons à la fois comme le plus rationnel et le plus conforme aux textes, ne reconnaît que deux espèces de fautes : la faute lourde et la faute légère.

Les arguments qui militent en faveur de cette division, nous les avons longuement développés en combattant les divers systèmes qui précèdent.

Nous ne reviendrons plus sur les définitions de la faute lourde et de la faute légère que nous avons données dans le chapitre IV ; nous nous bornerons ici à résumer les points principaux qui les distinguent.

La *culpa lata*, assimilée au dol, se reconnaît à l'un de ces deux caractères :

1° Elle consiste à manquer au sens commun. *Lata culpæ finisest: Non intelligere id quod omnes intelligunt* (loi 223, D. l. 50, 17).

2° Elle consiste à apporter sciemment aux affaires d'autrui moins de soins qu'à ses propres affaires (loi 32, D. l. 7, t. 3).

La faute légère comprend tout ce qui n'est pas la faute lourde jusqu'au cas fortuit exclusivement.

Elle se divise en faute abstraite et en faute concrète.

La *culpa in concreto* est désignée dans les textes par le mot *culpa*. Elle consiste dans un manque de diligence que l'on n'apporte pas ordinairement dans la garde de sa fortune, *omissio diligentiae quam debitor rebus suis adhibet*.

La *culpa in abstracto* est requise toutes les fois que les lois romaines, après avoir exigé la prestation du *dolus* et de la *culpa*, ajoutent : *et diligentia*, ou bien encore : *Venire diligentiam, præstare diligentiam*. Elle consiste dans l'omission des soins que prend habituellement un bon père de famille, *omissio diligentiae quam paterfamilias diligens suis rebus adhibet*.

D'après la véritable théorie romaine, il y a donc deux fautes et trois prestations.

De là une classification des contrats en trois classes :

1° Contrats qui exigent la *culpa lata* assimilée au dol ;

2° Contrats qui exigent le *dolus* et la *culpa*.

3° Contrats qui exigent le *dolus*, la *culpa* et la *diligentia*.

Nous rechercherons, dans le chapitre VII, les divers motifs qui justifient cette classification des contrats.

CHAPITRE VI

La convention des parties peut toujours modifier les principes ordinaires de la responsabilité contractuelle.

Il est de principe que les parties sont absolument libres de déterminer, comme bon leur semble, la mesure de leur responsabilité.

Ce n'est qu'à défaut de conventions que les règles posées par les jurisconsultes romains sur la prestation des fautes doivent recevoir leur application.

La convention fait la loi des parties.

Elles peuvent, d'une part, diminuer la responsabilité du débiteur, même le dispenser de toute responsabilité du chef de ses fautes (loi 5 p. 2 D. l. 13 t. 6 ; loi 1 D. l. 16 t. 3 ; loi 72 p. 3 D. l. 35 t. 1 ; loi 23 D. l. 50, 17).

Elles peuvent, d'autre part, imposer au débiteur la responsabilité de la faute légère dans des cas où, d'après les règles générales, il ne serait tenu que de la faute lourde.

Pareille intention peut même résulter tacitement des circonstances. Ainsi, celui qui s'offre spontanément pour assumer une obligation, s'impose par

cela seul les soins d'un bon père de famille (loi 1 p. 35 D. l. 16 t. 3; loi 20 Code l. 2 t. 19).

Les parties contractantes peuvent également par une convention, soit expresse, soit tacite, mettre la responsabilité des cas fortuits à la charge de l'une d'elles. Mais il est bien important de distinguer dans quelle proportion la partie aura assumé sur elle les risques et périls. Aussi, gardons-nous bien d'admettre, avec Mühlenbruch, que le dépositaire qui s'est chargé de la *custodia*, sera tenu de tout risque et péril. Quand le mot *custodia*, comme nous l'avons vu, se trouve opposé à *culpa*, la responsabilité est certainement plus grande; mais elle ne se rapporte qu'à certains événements qui peuvent ne pas être prévus par un chef de famille diligent, mais qui peuvent être empêchés par des moyens extraordinaires; par la surveillance d'un gardien par exemple, au cas de vol sans violence. La loi 1 p. 35 D. l. 16 t. 3, invoquée par Mühlenbruch à l'appui de son opinion, dit précisément que le dépositaire qui assume sur lui les risques et périls est responsable de tout événement, mais que celui qui s'est offert pour recevoir le dépôt, n'assume que le *periculum culpæ et custodiæ, non tamen præstat casus fortuitos*.

Il en serait de même en matière de vente, si l'on ne s'est chargé que de la *custodia*; car le § 3 Inst. l. 3 t. 23, sans le dire positivement, semble dire que le vendeur ne sera pas tenu des cas fortuits, par les mots *ad ipsius periculum is casus pertinet*.

Une autre difficulté se présente : lorsque l'on s'est, dans un contrat, chargé de tout risque, faut-il

distinguer entre les *casus soliti* et les *casus insoliti* ?

Non évidemment, car la généralité de la clause doit rendre inutile toute distinction. Cependant, dans le louage, il est nécessaire de faire une distinction, lorsqu'il s'agit de déterminer à quelles conditions un fermier peut exiger une réduction de fermages, lorsqu'il a éprouvé des pertes. C'est la doctrine que consacre la loi 15 p. 2 D. *locati conducti*. Ainsi les pertes causées par le feu du ciel, les invasions de l'ennemi, les nuées de sauterelles, les bandes de geais, de corneilles, les inondations extraordinaires, sont appelées *extra rem*. Mais celles qui ont leur cause dans la chose elle-même, *ex re ipsa*, ne donnent droit à aucune remise, car on devait les prévoir.

Les parties font le plus souvent elles-mêmes les distinctions dont nous venons de parler, dans leurs stipulations sur les risques et périls. Dans l'espèce de la loi 78 p. 3 D. de *contrahendâ emptione*, par exemple, il s'agit d'une vente de blé en herbe, et le vendeur a déclaré répondre du dommage qui pourrait survenir *vi aut tempestate* ; des neiges ont nui à la récolte, il est tenu de réduire le prix, si elles ont été excessives et insolites, mais non pas, si les neiges ont été modérées comme d'habitude. Les mots *vis* et *tempesta* sont, en effet, ces choses extraordinaires, et l'on ne peut étendre au-delà de ses termes une clause par laquelle une des parties se charge des risques.

Le dol seul, nous l'avons expliqué précédemment, excède les pouvoirs des parties contractantes, en ce sens que son impunité ne saurait

être stipulée : « *Hæc conventio contrà bonam fidem contràque bonos mores est.* »

La convention des parties peut donc modifier les règles sur la prestation de la faute...

D'un autre côté, nous avons vu précédemment que quand un dommage a été causé par une personne avec laquelle nous étions liés par un rapport contractuel, l'action du contrat pouvait concourir électivement avec l'action *legis aquiliæ*.

Qu'arrivera-t-il, lorsque, par une convention spéciale, les parties atténuent la responsabilité contractuelle ?

Cette convention aura-t-elle pour effet de modifier également la responsabilité fondée sur la loi Aquilia ?

La loi 27, p. 29, D. l. 9, t. 2 prévoit cette hypothèse. Ce texte suppose qu'un artisan, en s'engageant à faire un travail dangereux, a stipulé que la chose serait au risque du maître et il décide que cette clause exclut l'action aquilienne comme l'*actio locati* : *quæ res locato tollit actionem et aquiliæ*.

Cette solution est admise généralement par les auteurs.

Faut-il l'étendre au cas où la loi, se basant sur la volonté présumée des parties, réduit la responsabilité ordinaire des débiteurs ?

Prenons un exemple. C'est une règle posée par les textes que le depositaire répond seulement du dol et de la faute lourde. Supposons que le depositaire se rende coupable d'une faute simplement légère. Il ne sera pas soumis à l'action du dépôt, mais sera-t-il soumis à l'action de la loi Aquilia ?

Quelques auteurs soutiennent la négative.

Cette opinion s'appuie sur la loi 5, p. 3, D. l. 9, t. 2; sur la loi 13 pr. D. l. 40 t. 12 et sur la loi 1 p. 2 D. l. 47, t. 4.

N'est-il pas contraire à l'équité de soumettre à l'action de la loi Aquilia un débiteur qui, en vertu du contrat, ne répond que de la faute lourde?

Le dépositaire qui n'apporte pas à la garde et à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille use d'un droit qui lui est conféré par le contrat. *Qui suo jure utitur neminem lædit*. Le dommage qu'il a causé au déposant ne peut être considéré comme illicite; dès lors, le dépositaire ne doit encourir aucune responsabilité.

Si on repousse cette opinion, il faut déclarer que les principes qui règlent la prestation des fautes sont inutiles. A quoi sert-il de déclarer dans les textes que le dépositaire est seulement tenu de la faute lourde, s'il doit répondre, du chef de la loi Aquilia, de la diligence du bon père de famille?

Nous devons reconnaître que les raisons apportées par les partisans de ce système ne sont pas dénuées de fondement, nous croyons cependant que ce système n'est pas celui du droit romain.

Nous préférons nous rallier à une seconde opinion qui est adoptée par la grande majorité des auteurs.

M. Vangerow, notamment (III § 681), a victorieusement combattu les arguments invoqués dans le système précédent.

« De ce que, dit-on, le contrat ne défend pas une chose, on n'est pas autorisé à conclure qu'on ait le

droit absolu de la faire. Si le dépôt n'interdit pas au dépositaire les négligences légères, il ne s'ensuit pas que ce dernier ait à un point de vue absolu le droit de commettre de simples négligences. »

« En effet, ajoute M. Maynz (II § 356), l'action *legis aquiliæ* supporte nécessairement un *dommage* causé *injuriâ* et le contractant qui se renferme dans les limites de son contrat ne peut se rendre coupable d'*injuriâ*. Or, quand il sort de ces limites, il ne saurait plus se couvrir du contrat et ce n'est certes pas sa qualité de débiteur qu'il pourrait invoquer pour s'affranchir d'un devoir qui incombe à tout le monde, à savoir de ne faire injure ou tort à qui que ce soit. »

En résumé l'action *legis aquiliæ* s'applique ou ne s'applique pas suivant que le fait est ou non autorisé par le contrat.

Si le contrat de dépôt, dans l'espèce, donnait au dépositaire le droit de faire ce qu'il a fait, ce dernier échapperait à toute responsabilité. Si, au contraire, le dépositaire avait agi sans droit, il aurait commis une *injuria* tombant sous le coup de la loi Aquilia.

Nous pouvons citer à l'appui de notre système la loi 27 p. 29 D. l. 9 t. 2. M. Accarias fait parfaitement ressortir la distinction que nous venons d'établir dans l'exemple suivant (tome II, n° 682).

« Un dépositaire, dans un déménagement, laisse tomber un vase précieux qu'on lui a confié ; le vase se brise dans la chute. Il n'est pas tenu, puisque, non seulement il avait le droit de déplacer le

vase, mais qu'il y était obligé aux termes du contrat. Au contraire, il affiche le vase pour le montrer aux passants. Le vase tombe et se brise. Il est tenu, car il est en faute, de ne s'être point strictement renfermé dans son obligation. »

CHAPITRE VII

Règles de la prestation des fautes. Discussion des textes d'Ulpien.

§ I

Règles de la prestation des fautes

« Lorsqu'une personne détient des choses qui appartiennent ou qui sont dues à autrui, ou lorsqu'elle gère des affaires qui ne sont pas exclusivement les siennes, on peut avoir à résoudre cette question : A quel degré de soin cette personne est-elle assujettie ? » (Thémis, tome II, p. 313, Dissertation de M. Blondeau).

Cette question, nous essaierons de la résoudre dans le chapitre suivant en passant successivement en revue les différents contrats et quasi-contrats.

Toutefois, avant d'établir une classification des contrats, nous devons rechercher si les jurisconsultes ont déterminé une règle fixe qui, dans tous les cas, permet d'appliquer à chaque contrat tel ou tel des degrés de prestation de la faute.

Nous pouvons affirmer, sans hésiter, qu'il

n'existe pas dans cette matière de principe absolu. Les jurisconsultes ont établi la classification des contrats en se basant sur une foule de considérations qu'il nous est impossible de rechercher. Nous essaierons seulement de dégager les idées dominantes qui ont guidé les jurisconsultes.

L'idée fondamentale, celle qui a exercé le plus d'influence sur les décisions des jurisconsultes romains, c'est celle de l'utilité que retirent les parties du contrat ou du quasi-contrat.

« C'est à mes yeux, dit M. Von Ihering (1), une des plus heureuses conceptions des juristes romains, d'avoir fait de l'intérêt que présente le contrat, le principe fondamental de toute cette matière. »

Les partisans de la théorie des trois fautes avaient établi une classification des contrats ayant pour *criterium* absolu l'intérêt des parties contractantes. Ils distinguaient les contrats suivant qu'ils intervenaient *ad utilitatem solius dantis*, ou *solius accipientis*, ou enfin *utriusque*. Cette classification est erronée, et ne trouve aucun fondement dans les lois romaines. Le cas où il n'y a utilité que pour le débiteur, et celui où il y a utilité pour les deux parties se trouvent toujours confondus dans les textes (loi 17 p. 2 D. l. 19 t. 5). Les interprètes ont séparé ces deux cas pour arriver à une division tripartite des contrats qui pût cadrer avec leur division tripartite des fautes. Il est évident que la responsabilité du débiteur qui retire un avantage du contrat ne peut être modifiée, suivant que le créancier

(1) Ihering : De la faute, p. 60.

profite ou non du contrat. Nous comprenons fort bien que nous soyons tenus de plus de soins quand nous avons un intérêt dans une obligation que lorsque nous agissons par pure libéralité, mais la question de savoir si la partie adverse retire ou non un avantage de l'obligation, ne doit pas exercer d'influence sur notre propre responsabilité. Le motif qui détermine notre responsabilité doit résulter d'un fait qui nous est personnel, et non d'une circonstance qui nous est étrangère.

Pothier appuie son système sur la loi 16 p. 1 D. l. 13 t. 5 et prétend qu'Ulpien a établi le principe de l'utilité à la base de la théorie de la responsabilité contractuelle. Mais alors comment se fait-il que dans la loi 23 D. l. 50, 17 le même jurisconsulte met sur la même ligne le dépositaire et le précariste qui, cela ne fait de doute pour personne, est seul intéressé dans le contrat ?

Comment se fait-il que dans la même loi Ulpien assigne à l'associé un degré de responsabilité inférieur à celui qu'il assigne au vendeur et au locataire ? Cependant, dans le contrat de société comme dans les contrats de vente et de louage, il y a *utilitas utriusque contrahentium*.

De plus, comment expliquer avec le principe de l'utilité la responsabilité très étendue que les textes exigent du mandataire et du gérant d'affaires ? Si nous appliquons la théorie de Pothier, le mandataire ne doit être tenu que de la *culpa lata*, puisque le contrat intervient dans l'intérêt exclusif du créancier. Et pourtant, le mandataire répond de la *diligentia* ; il en est de même du gérant d'affaires.

Le principe de l'utilité, tel que nous l'avons envisagé, est indispensable pour fixer la responsabilité des parties dans certains contrats. Mais à lui seul il ne suffit pas pour servir de base à une classification complète des contrats et quasi-contrats.

Ce principe subit des modifications par suite de circonstances diverses.

Nous arrivons à la seconde considération qui a guidé les jurisconsultes dans l'étude de la responsabilité contractuelle.

Elle consiste à rechercher si la chose à conserver ou l'affaire à gérer est commune aux parties contractantes ou propre seulement au créancier.

Dans le premier cas, le débiteur qui est intéressé pour sa part dans la chose, doit en répondre d'après les soins qu'il apporte habituellement dans ses propres affaires ; il est tenu de la *diligentia rebus suis consueta*. Dans le second cas, il est tenu de la *diligentia diligentis patrisfamilias*.

La société, la communauté rentrent dans la première catégorie.

Celui qui s'est confié à une personne peu soigneuse ne doit s'en prendre qu'à lui-même des pertes que la négligence de cette personne a pu lui faire éprouver (loi 72 D. l. 17 t. 2). L'un a été imprudent en choisissant un coassocié négligent ; l'autre a eu le tort de conserver un communiste négligent.

Si le principe de l'utilité ne s'appliquait avant tout autre au dépositaire qui rend un service gratuit, on pourrait le faire profiter d'une diminution de faute pour le même motif : *Quia qui negligenti amico*

reim custodiendam committat, de se queri debet (loi 1 p. 5 D. l. 44 t. 7).

Le motif que nous venons d'indiquer n'a qu'une importance secondaire, surtout en ce qui concerne la communauté, mais il vient se joindre à un autre prédominant, et suffisant à lui seul pour justifier l'atténuation de responsabilité dont bénéficient l'associé et le communiste.

Dans la société comme dans la communauté, le débiteur *propter suam partem causam habuit gerendi* (loi 25 p. 16 D. l. 10 t. 2) ; il supporte avec les autres les conséquences de sa mauvaise gestion, son propre intérêt doit être une garantie suffisante.

Le vendeur, le créancier gagiste et le locataire rentrent dans la seconde catégorie. Ils sont tenus de la *culpa levis in abstracto*, ils n'ont, en effet, à faire valoir aucune excuse qui puisse entraîner une diminution de responsabilité.

Il existe une dernière considération qui, comme les précédentes, trouve son fondement dans les textes :

Il faut distinguer le cas où le débiteur, c'est-à-dire celui qui peut avoir à répondre d'une faute, représente la personne d'autrui et le cas où cette représentation n'existe pas.

Cette troisième distinction nous permet d'expliquer la responsabilité exceptionnelle qui incombe au mandataire.

La principale raison de cette responsabilité vient de ce que le mandataire doit agir comme pourrait le faire le mandant dont il tient la place.

Nous examinerons plus loin les raisons d'ordre

secondaire qui peuvent encore justifier cette sévérité exceptionnelle.

Ce que nous venons de dire du mandataire s'applique également au *negotiorum gestor*, mais ce dernier mérite d'autant moins d'indulgence qu'il se met spontanément aux lieu et place du *dominus* et à l'insu de celui-ci.

§ II

Discussion des textes d'Ulpien.

Les dispositions afférentes à la faute contractuelle devaient se placer tout naturellement, semble-t-il, au titre de l'inexécution des obligations dont la faute n'est qu'une modalité. Elles ont cependant été disséminées, non seulement dans le titre des obligations, mais aussi dans les autres parties des Institutes, du Digeste et du Code. Il n'en pouvait pas être autrement. La faute peut se produire toutes les fois qu'il y a un rapport d'obligation entre deux personnes, et d'autre part, elle n'est qu'un état imprévu et comme un accident causé par les parties dans le fait juridique. A ce premier point de vue le législateur ne pouvait s'occuper de la faute que d'une manière incidente à chacune des matières qu'il traitait. Nous pouvons ajouter que les conséquences qu'entraîne la faute varient suivant les sujets, la forme ou l'objet du contrat et qu'il était

dès lors impossible de comprendre sous une même rubrique les applications diverses de la faute.

Les jurisconsultes romains se sont presque tous occupés de la responsabilité contractuelle; mais, de l'aveu unanime des commentateurs, il existe deux lois générales qui renferment toute la théorie des fautes dans les contrats et les quasi-contrats.

Ces deux lois : la loi 5 p. 2 D. l. 13 t. 6 et la loi 23 D. l. 50, 17, émanent du jurisconsulte Ulpien.

Jacques Godefroy disait, au début de son commentaire de la loi 23 : « *Solemnis hoc et celebratissima omnium hoc titulo, Ulpiani lex sive regula est : de præstationibus in contractibus.* »

La loi 5 p. 2 et la loi 23 admettent l'une comme l'autre, deux espèces de fautes et trois prestations, mais elles donnent une classification différente des contrats.

Ainsi la loi 5 p. 2 donne le dol comme mesure de la responsabilité dans le dépôt ; la loi 23 ajoute le précaire au dépôt.

La loi 5 p. 2 cite cinq contrats où l'on répond de la *culpa levis in concreto* : la vente, le louage, la dot, le gage et la société ; la loi 23 n'en cite que deux : la société et la communauté.

D'après la loi 5 p. 2 le commodataire répond seul de la *diligentia*, c'est-à-dire de la *culpa levis in abstracto* ; la loi 23 cite, au contraire, huit contrats où quasi-contrats dans lesquels on est tenu de la *diligentia* : le mandat, le commodat, la vente, le gage, le louage, la dot, la tutelle et la gestion d'affaires.

Il y a donc contradiction flagrante entre les deux textes d'Ulpien. Il semble au premier abord que

toute tentative de conciliation doit échouer. Les interprètes n'ont pas cru à cette impossibilité, d'autant plus que les textes épars dans le *corpus juris civilis* confirmaient tantôt l'une tantôt l'autre des deux opinions.

En ce qui concerne le précaire que la loi 23 place dans la même catégorie que le dépôt, il n'y a qu'une addition à la loi 5 p. 2, il n'y a pas contrariété d'opinions.

Mais en ce qui concerne les huit contrats qui, d'après la loi 23, répondent de la *culpa levis in abstracto*, une grosse controverse s'est élevée,

Toute la difficulté se trouve dans l'interprétation qu'Ulpien a entendu donner aux mots *in his quidem et diligentiam*.

Que signifient ces termes ? Se réfèrent-ils indistinctement aux huit contrats et quasi-contrats qui les précèdent ? Dans ce cas le mari et le tuteur répondraient, contrairement aux textes les plus formels, de la *culpa levis in abstracto*. Ou bien faut-il supposer que le texte de la loi 23 a été altéré par une erreur de copiste ? Dans ce cas, il faut essayer à l'aide de transpositions de rétablir ce texte dans son sens primitif.

Quelques commentateurs ont proposé quelques changements pour essayer de mettre la loi 23 en harmonie avec les lois spéciales régissant chaque contrat ou quasi-contrat.

D'après Doneau, il faudrait lire *in his quidam et diligentiam* au lieu de *in his quidem et diligentiam*, comme le portent les Florentines. Ulpien aurait dit en parlant des contrats : *Quidam dolum recipiunt* ;

quidam dolum et culpam ; puis, après avoir énuméré les huit contrats dans lesquels on répond du *dolus* et de la *culpa*, il aurait ajouté : *in his quidam et diligentiam*. Ulpien aurait donc laissé à l'interprète le soin de rechercher lui-même les contrats dans lesquels on répond ou non de la *diligentia*.

C'est ici que l'imagination fantaisiste des commentateurs s'est donnée libre carrière. Cette explication n'est pas vraisemblable.

Cujas, dans son commentaire de la loi 23, expose qu'Ulpien, après avoir énuméré les huit contrats *qui recipiunt dolum et culpam*, a eu soin d'ajouter entre parenthèse : Parmi ces contrats, certains requièrent la diligence, *in his quidam et diligentiam*.

Ce mot « *quidam* » s'applique, d'après lui, au commodataire, au mandataire, au tuteur et au gérant d'affaires.

Voici les motifs sur lesquels Cujas appuie son opinion.

Le commodataire est seul intéressé au contrat ; le mandataire qui remplit un devoir d'amitié très nécessaire dans le commerce de la vie doit donner tous ses soins aux affaires du mandat ; le tuteur doit protéger les biens du pupille qui ne peut se défendre ; enfin le *negotiorum gestor* a pris spontanément la gestion des affaires d'autrui.

On comprend facilement, dès lors, qu'Ulpien requiert pour eux la responsabilité du dol, de la faute et du manque de diligence. Il en résulte que lorsque Ulpien a exigé la prestation du *dolus* et de la *culpa*, il a simplement entendu parler de la vente,

du louage, du gage et de la dot. La raison en est bien simple : Dans ces quatre contrats, en effet, l'intérêt des parties est réciproque.

La distinction de Cujas est arbitraire ; alors même qu'elle refléterait l'opinion d'Ulpien, elle serait en contradiction avec la grande majorité des textes.

D'autres commentateurs ont suivi le système de Cujas, sauf en ce qui concerne le tuteur qu'ils ont déchargé de la *diligentia*.

Le scholiaste d'Harménopule n'a appliqué l'expression « *in his quidam et diligentiam* » qu'au mandat, au commodat et à la tutelle.

D'autres ont restreint la catégorie des contrats tenus de la *diligentia* au mandat et au commodat.

Quelques-uns même ont voulu que cette troisième classe de contrats fût composée de la dot, de la tutelle et de la gestion d'affaires.

M. Hasse lit « *in hoc quidem* » au lieu de « *in his quidem* ». Ces mots s'appliqueraient, suivant ce jurisconsulte, seulement à *negotia gesta* et non aux sept contrats qui précèdent. Cette explication est en contradiction avec la Vulgate qui porte : *in his quidam et diligentia*, avec les Basiliques qui portent : *in his quidem et diligentia*, en grec εν τούτοις δε και επιμελεια, et non *in hoc*, εν τούτω, comme le prétend le jurisconsulte allemand.

Suivant d'autres commentateurs il y aurait une erreur de copiste. Les mots *negotia gesta* (*in his quidem et diligentiam*) devraient être reportés après le mot *locatum*. L'expression « *diligentiam* » ne se référerait alors qu'au mandat, au commodat, à la vente, au

gage, au louage et à la gestion d'affaires. Puis viendrait sans interruption l'énumération des quatre autres contrats : la dot, la tutelle, la société et la communauté, dans lesquels on ne serait tenu que de la *diligentia rebus suis consueta*. Cette explication a l'avantage de concilier la loi 5 p. 2 et la loi 23 et de les rendre conformes à la théorie romaine, mais la transposition qui est faite par ces commentateurs est arbitraire.

Dans une dernière opinion, on prétend que dans les contrats qui suivent le mot « *item* », c'est-à-dire dans la tutelle et la dot, on répond de la *culpa levis in concreto*, tandis que dans les cinq contrats qui précèdent le mot « *item* » on répond de la *culpa levis in abstracto*. On ajoute que comme la gestion d'affaires ne se rattachait pas aux deux contrats dans lesquels on est tenu de la *diligentia rebus sui consueta*, on a dû faire pour ce contrat une parenthèse spéciale.

Pour nous, nous croyons qu'il n'est pas possible d'expliquer les textes contradictoires d'Ulpien et nous n'acceptons aucune espèce de conciliation. A défaut de textes généraux qui nous permettent d'apprécier la responsabilité dans certains contrats, nous appliquerons les textes spéciaux.

En tout cas, il ressort des deux textes d'Ulpien, malgré les contradictions que nous avons signalées, que les jurisconsultes romains distinguaient trois degrés de prestation : le *dolus*, la *culpa* et la *diligentia*. Cette division résulte encore nettement de la loi 47, p. 5 D. l. 30 où Ulpien, s'occupant de la responsabilité de l'héritier vis-à-vis des légataires, se

demande s'il est tenu du dol, de la *culpa levis* ou de la *diligentia*.

Nous examinerons dans le chapitre suivant les trois classes de contrats. Chaque classe fera l'objet d'une section spéciale.

CHAPITRE VIII

Classification des contrats et quasi-contrats au point de vue de la responsabilité

SECTION PREMIÈRE

Contrats dans lesquels on ne répond que du dol et de la faute lourde

§ I

Le dépositaire

Le dépositaire ne répond pas de la perte de la chose ou des détériorations qui sont la conséquence d'une faute légère, pour la raison qu'il ne retire aucun avantage du contrat. Il est juste, en effet, que la responsabilité du débiteur qui rend un service gratuit, soit limitée à la faute lourde. Le déposant aurait d'ailleurs mauvaise grâce à se montrer trop exigeant vis-à-vis de celui dont il est l'obligé (loi 1 p. 5 D. l. 44 t. 7; loi 17 p. 2 D. l. 19 t. 5; loi 5 p. 2 l. 13 t. 6; loi 1 D. l. 16 t. 3; loi 14 p. 3 D. l. 47 t. 2; loi 1 Code l. 4 t. 34; Coll. leg. Mos. t. 9 ch. 2 et ch. 5).

Les textes nous donnent le principe exact de l'étendue de la responsabilité du dépositaire. « Il doit apporter à la garde de l'objet déposé les mêmes soins qu'il apporte à la garde de ses propres affaires » (loi 32 D. l. 16 t. 3). Ce n'est donc pas d'après la vigilance qu'on doit supposer à un bon père de famille, mais d'après la vigilance personnelle du dépositaire, que l'étendue de la responsabilité est déterminée. D'un côté, le dépositaire ne peut être tenu, pour rendre un service, d'être plus diligent pour autrui qu'il ne l'est pour ses propres affaires, et, d'un autre côté, le déposant ne peut se plaindre de la légèreté de celui qu'il a volontairement choisi pour dépositaire. Par conséquent, on ne tient pas compte seulement de cette idée que le dépositaire ne tire aucune utilité du contrat, mais encore de cette circonstance que c'est le déposant qui a choisi le dépositaire. D'où il suit que le dépositaire n'est pas, en général, tenu de la valeur de la chose déposée si, par suite de vol, il se trouve dans l'impossibilité de la restituer. (Gaius. Comment. III, 207 ; § 17 Inst. l. 4 t. 1 ; loi 14 p. 3 D. l. 16 t. 3).

Le dépositaire qui n'est pas aussi diligent qu'un homme raisonnable doit l'être, n'est pas responsable s'il a géré ses propres affaires avec la même insouciance.

A l'inverse, le principe « soigner le dépôt comme sa propre chose » reçoit son application lorsque le dépositaire, homme très vigilant, *studiosissimus*, et qui, dans l'administration de sa propre fortune, ne se rend pas coupable même d'une faute légère,

vient à en commettre une de cette nature dans la garde de l'objet déposé. Dans ce cas, sa responsabilité doit se trouver engagée. Le déposant a eu soin de choisir un homme extrêmement soigneux ; il a droit de compter sur les avantages que ce choix prudent doit lui assurer.

La règle que le dépositaire est tenu seulement de son dol et de sa faute lourde souffre quelques exceptions.

1° Lorsque le débiteur se charge spécialement de la garde, *custodia*, de la chose due, sa responsabilité s'élève d'un degré. Si on ne donnait pas cette interprétation à la clause relative à la *custodia*, elle serait complètement inutile. En conséquence, le dépositaire qui s'engage à garder la chose déposée est tenu de la *culpa levis in abstracto* (Arg. loi 1 p. 35 in fine D. l. 16 t. 3).

2° Lorsqu'à la simple obligation de conserver, les parties ajoutent d'autres obligations, comme celle de laisser la chose exactement dans l'état ou à la place où elle se trouve lors du contrat : dans ce dernier cas, le dépositaire est responsable de toute faute s'il n'exécute pas son obligation (loi 7 pr. D. l. 16 t. 3).

3° Lorsque le débiteur s'offre spontanément à l'obligation, il s'engage virtuellement par là à garder la chose due. Ainsi le dépositaire qui se présente au déposant à l'effet de recevoir le dépôt, *qui se obtulit deposito*, répondra de la faute légère appréciée *in abstracto* (loi 1 p. 35 D. l. 16 t. 3). Le dépositaire doit être considéré comme ayant offert ses services, lorsque c'est lui-même qui a conseillé

le dépôt auquel on ne songeait pas, ou lorsque le déposant ayant l'idée de faire un dépôt, le dépositaire s'est présenté et a demandé à être préféré à un tiers. Cette offre a peut-être empêché le déposant de s'adresser à une autre personne qui eût été très vigilante.

4° Lorsque le dépôt a été fait dans l'intérêt réciproque du déposant et du dépositaire, ce dernier est tenu de la *culpa levis in abstracto*, car si le contrat intervient dans l'intérêt exclusif du dépositaire, celui-ci peut être tenu même des cas fortuits (loi 4 pr. D. l. 12 t. 1).

5° Lorsque le déposant a été contraint par un événement malheureux, tel que incendie, naufrage, etc., à confier sa chose au premier venu, sans pouvoir s'informer si ce tiers était ou non une personne soigneuse, le dépositaire est tenu également de la faute légère *in abstracto* (loi 1 p. 3 D. l. 16 t. 3). Ce dépôt prend le nom de dépôt misérable, *miserabile depositum*. On assimile au dépôt nécessaire le dépôt fait aux aubergistes et aux hôteliers (loi 3 p. 1 D. l. 4 t. 9).

6° Lorsque le dépôt est salarié. La personne qui exige une rémunération pour les soins qu'elle devra mettre à garder la chose, fait un louage d'ouvrage, et on ne doit pas la considérer comme un dépositaire. Dans ce cas sa responsabilité doit être beaucoup plus lourde, car elle ne rend plus un service gratuit, et le créancier d'une obligation acquise en payant, a droit de se montrer plus exigeant (loi 1, p. 8, D. l. 16, t. 3).

Dans certains cas le dépositaire doit répondre des cas fortuits :

1° Lorsque la restitution lui ayant été demandée, il a été mis en demeure (loi 12, D. l. 16, t. 3).

Le dépositaire ne peut se soustraire à cette responsabilité qu'en établissant que la chose eut péri, alors même qu'elle eût été déjà remise chez le déposant.

2° Lorsque le dépositaire, en se servant de la chose qu'il a en dépôt, a commis un *furtum usus* (loi 29, D. l. 16, t. 3).

3° Lorsque le dépositaire, après avoir vendu la chose, l'a rachetée et que cette chose vient à périr fortuitement.

Le dépositaire a commis un vol d'usage en vendant la chose, il se trouve *in morà perpetuà* jusqu'à ce que la chose soit restituée ou que des offres valables aient été faites (Loi 1, p. 25, D. l. 16, t. 3).

4° Lorsque le dépôt est irrégulier, c'est-à-dire lorsque le déposant a autorisé le dépositaire à se servir des choses fongibles qui ont fait l'objet du dépôt, en convenant qu'il lui serait rendu une égale quantité de ces mêmes choses (loi 4, D. l. 12, t. 1).

Une curieuse question qui a été longuement discutée par les anciens commentateurs est celle de savoir si le dépositaire est responsable de la perte du dépôt, si, dans un péril commun, un naufrage, un incendie, une inondation, il a sauvé ce qui lui appartenait sans sauver le dépôt ?

La question n'est pas tranchée par les textes.

La loi 5 p. 4 D. l. 13 t. 6 décide que l'emprunteur

est tenu de sauver, dans une circonstance semblable, la chose prêtée avant la sienne propre. Cependant, la loi 14 pr. D. l. 19 t. 5 semble poser un principe contraire.

Voët (*Commentarius ad Pandectas*) pense que cette règle du commodat doit s'appliquer en matière de dépôt; et que le dépositaire, ne pouvant sauver qu'une partie des biens menacés et obligé de choisir entre le dépôt et ses propres valeurs, doit commencer par le dépôt. Brünemann déclare qu'il faut faire une distinction. Si les choses déposées sont plus précieuses que celles qu'il a sauvées, il sera responsable; dans le cas contraire, il ne le serait pas.

Nous pensons que la doctrine de Voët est trop rigoureuse; elle n'est, du reste, pas conforme aux principes, car elle suppose que le dépositaire doit apporter plus de soins à la garde des objets déposés qu'à celle de ses biens propres. La seconde solution est certainement plus équitable, mais on peut contester qu'elle soit juridique: ce serait, en effet, du hasard que dépendrait l'obligation du dépositaire.

Dans l'un et l'autre système, on ne tient pas assez compte de cette idée que le dépôt est un contrat de bienfaisance et qu'il est difficile d'admettre qu'un homme puisse être obligé de rendre service à un ami avant de songer d'abord à se préserver lui-même de la ruine.

A notre avis, la question doit se poser de la manière suivante:

Le dépositaire a-t-il ou non commis un dol? Or,

comme le dol ne se présume pas, la preuve est à la charge du déposant.

Quelques auteurs admettent cependant une exception à la règle dans l'hypothèse qui nous occupe. *Bona fides abesse præsumitur*, disent-ils ; le dépositaire devra donc prouver qu'il n'a pu sauver le dépôt avec ce qui lui appartenait.

Quoi qu'il en soit, il est évident que si le dépositaire a eu toute facilité pour sauver le dépôt, il sera en faute s'il n'a pas sauvé le dépôt en même temps que ses propres valeurs.

Une dernière difficulté se présente au sujet de la conciliation de divers textes en apparence contradictoires.

Le déposant peut renoncer à l'action *depositi*, dit la loi 27 p. 3 D. l. 2 t. 14. Il semble au premier abord que cette clause est en opposition avec la règle : *Nulla pactione effici potest ne dolus præstetur*, et surtout avec la loi 1 p. 7 D. l. 16 t. 3, qui porte que toute convention d'après laquelle le dépositaire ne serait pas tenu du dol n'aurait aucun effet. La loi 27 p. 3 et la loi 1 p. 7 peuvent pourtant s'expliquer facilement si on les rapproche de la règle exprimée dans la loi 159 D. l. 50, 17 : *Expressa nocent, non expressa non nocent*. La renonciation à l'action du dol n'est renfermée qu'implicitement dans la renonciation à l'action *depositi*. Et, bien que le déposant ne puisse renoncer à l'action du dépôt sans renoncer en même temps à l'action de dol, la loi 27 s'explique par cette idée que la renonciation porte plutôt sur le droit de redemander le dépôt que sur l'action résultant du dol. On ne peut pas dire qu'il soit

immoral de renoncer, à l'avance, à exercer l'action du dépôt ; cela d'ailleurs n'empêche pas d'être nulle et sans effet, la clause par laquelle le dépositaire ne serait pas tenu de son dol. La loi 7 p. 15 D. l. 2 t. 14 confirme, du reste, notre manière de voir : « *Id est si quis paciscatur ne depositi agat : secundum Pomponium, valet pactum.* » En renonçant à l'action *Depositum*, le déposant se fie absolument à la bonne foi du dépositaire et s'abandonne à sa discrétion ; il renonce, même au cas où il y aurait eu dol de la part du dépositaire, à redemander la chose elle-même ; celle-ci ne pourra lui être rendue que si le dépositaire, à l'abri de l'action *depositi*, consent volontairement à la lui restituer.

§ II

Le Commodant

Le commodant qui fait un prêt essentiellement gratuit, n'est généralement tenu que du dol et de la faute lourde. Il en répondra notamment dans le cas où l'usage de la chose prêtée aura été pour l'emprunteur la cause d'un dommage (loi 17 ; loi 18 p. 3 ; loi 21 pr. ; loi 22 D. l. 13 t. 6.) Ainsi, par exemple, le commodant prête une barrique avariée qui gâte le vin du commodataire.

Par exception, quand le commodat a lieu dans l'intérêt commun des deux parties, le commodant est responsable de la *culpa levis in concreto*. Par

exemple; je prête ma vaisselle à un ami pour l'aider à recevoir des amis communs. En pareil cas, les contractants apparaissent comme des quasi-associés et à l'instar des associés, ils répondent de la *diligentia qualem in suis rebus adhibere solent* (loi 13 pr. D. l. 13 t. 6).

Il peut même arriver dans le commodat que les règles ordinaires de la responsabilité soient complètement renversées. Par exemple, je prête mon cheval à un ami pour qu'il le dresse, ce qu'il accepte de faire par pure complaisance pour moi (loi 5 p. 10 D. l. 13 t. 6). En pareil cas, le commodant est tenu de toute faute, et le commodataire, de la faute lourde seulement.

§ III

Le Précariste

Le précariste, c'est-à-dire celui qui a obtenu l'usage d'une chose à titre précaire, est seulement responsable de la faute lourde, bien qu'il retire un avantage exclusif du contrat.

Pourquoi cette exception? Les jurisconsultes sont en désaccord sur ce point.

Les uns expliquent l'indulgence dont jouit le concessionnaire à précaire par ce fait qu'il est obligé de rendre la chose au concédant, *ad nutum*, dès que celui-ci manifeste le désir de la reprendre.

D'autres expliquent d'une autre manière cette anomalie. (Hasse, § 96 ; Vangerow, III, p. 691 ; Thibaut, I, p. 487[°] *initio*). Ils disent avec raison que, pendant plusieurs siècles, le précaire ne constituait pas un contrat à Rome ; il n'eut d'autre protection que celle donnée par le préteur au moyen de l'*interdictum de precario* (loi 8 D. l. 43 t. 26). C'était un simple état de fait, le précariste n'était pas civilement obligé de restituer (loi 14 D. l. 43 t. 26 ; loi 14 p. 11 D. l. 47 t. 2) ; on comprend parfaitement de cette manière que le précariste ne pût être tenu d'une faute ordinaire.

Sous l'Empire, par suite de l'extension donnée à l'action *præscriptis verbis*, le précaire devient un contrat obligeant civilement le précariste (Sent. Paul V, 6 p. 10 ; loi 2 p. 2 ; loi 19 p. 2 D. l. 43 t. 26). Mais par suite d'une réminiscence du temps, où le précaire n'était point considéré comme constituant un contrat, le précariste n'est pas soumis aux règles rigoureuses du droit, notamment au point de vue de la prestation des fautes.

Nous nous rallions à cette dernière explication.

§ IV

L'arpenteur

L'*agri mensor* n'est tenu que de son dol et de la faute lourde, quand il indique une fausse mesure, et cependant il ne rend pas un service gratuit.

Les auteurs ont expliqué différemment cette dérogation aux principes.

D'après les uns, cette exception vient de ce que le contrat n'était pas reconnu par le droit civil; lorsque plus tard le prêteur le soumit à l'action *in factum*, il se montra indulgent pour l'*agri mentor* qui jouissait à Rome d'une très grande considération (loi 1, p. 1, D. l. 11, t. 6).

Nous croyons avec M. Accarias que cette exception s'explique mieux par cette idée que les services rendus par l'*agri mentor* ne comportent pas d'évaluation pécuniaire. C'est ce qui fait dire à Ulpien que l'*agri mentor* reçoit moins un salaire qu'une donation rémunératoire, *id quod datur ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari* (loi 1 pr. D. l. 11 t. 6).

§ V

Le donateur

La donation est un contrat de bienfaisance qui profite exclusivement au donataire.

Le donateur n'est donc tenu que de son dol et de sa faute lourde, lorsque le donataire est évincé ou lorsqu'il a subi un préjudice par suite de vices cachés (loi 18 p. 3 D. l. 39 t. 5; loi 1 p. 2 code l. 5 t. 12).

Citons également comme ne répondant que de la faute lourde le tiers qui constitue un gage pour la dette d'autrui.

§ VI

Contrats innommés

Dans les contrats innommés qui ont lieu dans l'intérêt exclusif du *tradens*, l'*accipiens* n'est tenu que du dol, parce qu'alors, dit Ulpien, le contrat ressemble au dépôt (loi 17 p. 2 D. l. 19 t. 5).

Ulpien ajoute que si la remise de la chose avait lieu dans l'intérêt commun des parties, l'*accipiens* serait également tenu du *dolus* et de la *culpa*.

Cette décision est conforme aux principes généraux en matière de responsabilité contractuelle.

SECTION DEUXIÈME

Contrats et quasi-contrats dans lesquels la prestation de la faute comprend le dol et la faute légère in concreto.

§ I

L'associé

L'associé n'est tenu que de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire qu'il ne doit aux affaires de la

société que le même soin qu'il donnerait à des affaires personnelles.

Culpa non ad exactissimam diligentiam dirigenda est : sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet (loi 52 p. 2 et loi 72 D. l. 17 t. 2 ; loi 25 p. 16 D. l. 10 t. 2).

Il semble résulter du § 9 Inst. l. III t. 25 qu'à l'origine on avait voulu assimiler l'associé au dépositaire qui ne répond que de sa faute lourde.

Ce qui est certain, c'est que la responsabilité de l'associé est plus douce que le droit commun.

En voici les motifs :

Vinnius en donne pour raison que la société est un contrat intéressé de part et d'autre : *quia in hoc contractu omnium versatur utilitas* (Ad. Inst. lib. 3 t. 26 p. 9).

A notre avis, il est préférable de dire que cette responsabilité exceptionnelle est une conséquence du droit de copropriété de l'associé ; *socius propter suam partem causam habuit gerendi*. Les affaires de tous étant en même temps les affaires de chacun, il est évident que les associés sont naturellement portés à agir pour la société comme ils agiraient pour eux-mêmes. Nous avons dit plus haut, en effet, que, l'associé supportant avec ses coassociés les conséquences de sa mauvaise gestion, son propre intérêt était une garantie suffisante.

On peut dire, de plus, que l'associé qui s'occupe des affaires sociales ne fait que ce qu'il doit. On ne peut donc pas être rigoureux envers lui, comme envers celui qui se mêle d'une affaire qui ne le concerne pas.

Gaius déclare, en-outré, que le choix d'un associé négligent est une faute que ses coassociés doivent s'imputer à eux-mêmes, *quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet*. Ce motif donné par Gaius pour expliquer sa décision ne semble pas suffisant, car les cohéritiers et les colégataires, qui ne se choisissent pas, sont soumis à la même responsabilité que les associés.

On peut ajouter que si un associé se montre aussi soigneux qu'il l'est d'habitude dans ses propres affaires, il serait injuste d'exiger davantage de lui. Vouloir imposer à l'associé une charge au-dessus de ses forces, ne serait-ce pas contraire à l'esprit de fraternité, *jus fraternitatis*, qui doit animer tous les associés ? (loi 63 pr. D. l. 17 t. 2).

On peut dire encore que si un associé est d'une diligence inférieure à celle de la moyenne des hommes, cette circonstance a dû certainement influencer sur l'esprit de ses coassociés lors de la fixation des parts sociales ; ces derniers ont donc pu s'indemniser à l'avance contre les risques pouvant résulter de ce défaut de diligence.

Glück (Explication détaillée des Pandectes) a prétendu en se basant sur la généralité des termes employés par Ulpien dans la loi 5 p. 2 D. l. 13 t. 6 : *et dolus et culpa præstat*, que ce jurisconsulte rendait l'associé responsable même de la *culpa levis in abstracto*, comme le vendeur, d'autant plus que le même Ulpien s'était servi d'expressions analogues dans la loi 23 D. l. 50, 17. A notre avis, dans la loi 5 p. 2, Ulpien a voulu simplement opposer au dépositaire les diverses personnes qui répondent

même de la *culpa levis*, sans se prononcer sur la manière dont il convient d'apprécier cette faute; ce qui le prouve, c'est qu'il assimile l'associé au mari, et que lui-même reconnaît que le mari n'est tenu que de la *culpa levis in concreto* (loi 24 p. 5 D, l. 24, t. 3).

La responsabilité de l'associé peut être augmentée par la convention, par exemple, s'il a promis *custodiam*. Il répond alors des cas fortuits, excepté de ceux qu'il était impossible de prévenir. La *custodia* résulte, soit d'une promesse expresse, soit de circonstances qui la font supposer, comme on le voit à la loi 52 p. 3 D. l. 17, t. 2.

La règle que nous venons de poser, en ce qui concerne la responsabilité de l'associé, est applicable même lorsque l'une des parties n'apporte que son industrie (loi 52, p. 2 D. l. 17 t. 2). En pareil cas, bien que « l'associé industriel » n'ait pas droit au partage de l'apport fait par l'autre partie, comme son droit aux bénéfices compense ses soins et son travail, il est tenu, suivant le droit commun, de la *culpa levis in concreto*.

Faisons observer qu'un associé ne peut pas, pour se dispenser de rendre compte à l'associé du dommage qu'il lui a causé par sa faute dans quelques affaires, lui opposer la compensation des profits plus considérables qu'il a procurés à la société dans d'autres affaires (loi 23 p. 1; lois 25 et 26 D. l. 17 t. 2). La raison est que cet associé, devant à la société son industrie, il n'a fait que remplir son devoir en lui procurant ces bénéfices.

Du texte de la loi 72 précitée est née une double question.

1^o Un associé pourrait-il s'excuser, même d'une négligence grossière, s'il était constant qu'il apporte habituellement cette négligence dans la gestion de ses propres affaires ?

Il faut répondre négativement.

« Chacun, dit avec raison Pothier (N^o 124), est » présumé capable du soin ordinaire qu'apportent » à leurs affaires les personnes les moins intelligentes ; et lorsqu'il n'apporte pas ce soin on » présume que c'est par une paresse volontaire et » condamnable, dont, à la vérité il n'est comptable à » personne pour ses propres affaires, mais dont il » est comptable à ses associés, lorsqu'il a eu cette » paresse pour les affaires communes. »

2^o L'associé doit-il dans ses rapports avec ses coassociés répondre de la *culpa levis in abstracto*, lorsqu'il est aussi diligent dans la gestion de ses propres affaires qu'il est possible de l'être ?

Comme l'associé ne peut pas être moins diligent pour les affaires communes que pour les siennes, il doit donc être traité comme un père de famille diligent et être tenu de l'*exactissima diligentia*.

L'associé peut encore répondre de la *culpa levis in abstracto* toutes les fois qu'il a fait de son plein gré l'affaire de ses coassociés en dépassant les limites tracées par le contrat de société. En pareil cas il ne doit plus être traité comme un associé mais comme un simple gérant d'affaires.

§ II

Le Communiste

Dans le quasi-contrat de communauté, comme pour la société, nous avons plusieurs textes qui excluent formellement la *culpa levis in abstracto* (loi 23 D. l. 50, 17 ; loi 20 p. 16 D. l. 10 t. 2).

Voici dans quels termes s'exprime Paul dans la loi 25 p. 16 D. l. 10 t. 2 : *Non tantùm dolum sed et culpam in re hereditariâ præstare debet cohæres ; non tamen diligentiam præstare debet, qualem diligens paterfamilias ; talem igitur diligentiam præstare debet qualem in suis rebus.*

Les cohéritiers et colégataires, les communistes en général, profitent de cette dérogation aux principes pour ce motif déjà exprimé que l'utilité est réciproque.

Le communiste n'est pas tenu au-delà des soins qu'il donne à ses propres affaires, parce qu'à la différence du gérant d'affaires, le communiste a, à raison de sa part indivise, un droit dans la gestion.

Le communiste qui n'a pas choisi son copropriétaire, administre réellement sa chose en s'occupant de la propriété indivise. Son intérêt est un garant de sa vigilance. Si cela ne suffit pas, s'il est peu soigneux de sa nature, il est toujours facile de s'en débarrasser en demandant le partage.

§ III

Le mari relativement aux biens dotaux

La question de la responsabilité du mari n'est pas résolue de la même façon par tous les auteurs.

D'après un premier système, qui compte peu de partisans, le mari est tenu de la *diligentia*. La loi 23, D. l. 50, t. 7 est très formelle à cet égard. La faveur que la loi attachait à tout ce qui concernait les biens dotaux, expliquerait, dit-on, l'étendue de cette responsabilité.

D'après un second système, le mari serait seulement tenu de la *culpa levis in concreto*. Ce système s'appuie sur la loi 18 pr. D. l. 13 t. 6, sur la loi 17 D. l. 23 t. 3, sur la loi 11 code l. 5 t. 14 et particulièrement sur la loi 24 p. 5 D. l. 24 t. 3, où Ulpien lui-même, l'auteur de la loi 23 D. l. 50, 17, déclare que le mari est tenu de la *diligentia quàm rebus suis exhibet*.

Il semble difficile, au premier abord, de mettre la loi 23 en harmonie avec la doctrine généralement admise. Nous croyons cependant qu'on peut donner une raison très acceptable, pour expliquer les textes contradictoires d'Ulpien. Ce jurisconsulte, dans la loi 23, aurait voulu parler d'une dot constituée par voie de dation et avec estimation, que les commentateurs appellent « *æstimatio venditionis causà*. » En pareil cas, le constituant de dot est assimilé à un

vendeur et est tenu de la *diligentia* (loi 3 D. l. 19 t. 2; loi 10 p. 4 D. l. 23 t. 3).

On a dit, pour repousser la responsabilité de la *culpa levis in abstracto*, que la femme, en confiant sa personne à un mari, avait en même temps consenti à lui confier l'administration de ses biens. *Bonum erat mulierem, quæ se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pari arbitrio gubernari* (loi 8 code l. 5 t. 14). On ajoute que si la femme, avant de se marier, n'a pas pris la peine de se renseigner sur le caractère et les habitudes de celui avec lequel elle a accepté de vivre, a commis une faute impardonnable.

On a dit, avec plus de raison, que le mari, tenu de l'action *rei uxoriæ*, ne devait pas répondre des soins d'un bon père de famille parce qu'il était personnellement intéressé dans l'administration de la dot dont il perçoit les revenus. Une mauvaise gestion de la part du mari doit laisser seulement supposer que les fautes commises dans son administration sont plutôt le résultat de son incapacité que celui de sa négligence. Du reste, le mari qui a comme l'associé *propter suam partem causam gerendi*, et la femme qui, au moyen de la dot, vient en aide aux besoins du ménage, ne forment-ils pas entre eux une sorte de société où l'un regarde les intérêts de l'autre comme les siens propres. Mais cette société est assurément plus parfaite que celle dont l'intérêt seul est l'objet, *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicationem* (loi 1 D. l. 23. t. 2).

Nous devons faire remarquer que la responsabilité du mari, en ce qui concerne les biens dotaux, commence non seulement dès l'instant où il a reçu

la dot, mais dès l'instant où elle est promise, car si faute de l'avoir poursuivie en temps opportun, la dot est perdue, c'est le mari qui en répond (loi 33 D. l. 23 t. 3).

Les règles générales sur la prestation de la faute ne s'appliquent pas relativement aux choses fongibles constituées en dot. Par rapport à ces choses qui ne doivent être restituées que *in genere* le mari est tenu même des cas fortuits (loi 10 pr.; loi 42 D. l. 23 t. 3; loi 66 pr. D. l. 24 t. 3).

Il nous reste à signaler, à propos de la responsabilité du mari, une exception au droit commun. La loi 6 D. l. 23 t. 4 déclare nulle la convention par laquelle le mari est déchargé de la prestation de la faute, *maritum non posse pacisci ut dolum solummodo in dotem præstet*. Cette dérogation a été introduite dans le droit romain *propter utilitatem nubentium*.

§ IV

Le Tuteur

Les textes qui se rapportent à la responsabilité du tuteur sont contradictoires.

Les uns exigent la *culpa levis in abstracto* (loi 23 D. l. 50, 17; loi 7 p. 2; loi 10; loi 33 D. l. 26 t. 7); la loi 4 Code l. 5 t. 38, dispense seulement le tuteur de la responsabilité des cas fortuits.

La loi 1 D. l. 27 t. 3, exige, au contraire, du tuteur la *culpa levis in concreto Tutor præstat dolum*,

culpam et quantam in rebus suis diligentiam. La loi 57 pr. D. l. 26 t. 7 et la loi 7. Code l. 5 t. 1, rendent le tuteur responsable de la faute, *vel lata aut levi*. La Novelle 72 ch. 8 n'est pas moins formelle.... *ita faciant gubernationem, tanquàm in suis rebus.*

La loi 7 p. 2; la loi 13 p. 1 D. l. 26 t. 7 et la loi 2 Code l. 5 t. 51 rendent même le tuteur responsable de la *culpa lata* seulement, en ce qui concerne les placements et acquisitions d'immeubles faits par le tuteur pour trouver un emploi des fonds du pupille.

La plupart des auteurs sont restés en face de la difficulté et n'ont pas essayé de « concilier des textes inconciliables. »

D'autres ont cherché à expliquer la loi 23 D. l. 50, 17, en disant qu'Ulpien avait voulu parler d'une *tutelæ negotiorum gestio*. En effet, celui qui gère pour un tuteur est tenu comme un *negotiorum gestor* (loi 29 D. l. 3 t. 5).

Il semble résulter des textes qu'en principe le tuteur doit répondre de la *culpa levis in abstracto*. Cette responsabilité, Lebrun l'explique par la raison suivante: « L'administration des biens d'un pupille était considérée à Rome, dit-il, comme un dépôt sacré que la loi confiait au tuteur ». On pourrait ajouter que la tutelle et la curatelle sont à un degré éminent des charges de confiance.

Nous pensons néanmoins que le tuteur et le curateur pouvaient se soustraire à la responsabilité qu'entraînerait pour eux une faute légère dont ils se seraient rendus coupables s'ils prouvaient qu'ils avaient apporté *talem diligentiam qualem in suis rebus adhibere solent*.

Il n'y a pas moyen de donner une autre interprétation aux décisions des jurisconsultes qui n'exigent du tuteur d'autre responsabilité que celle de la *culpa levis* appréciée *in concreto*.

Cette solution se comprend aisément si l'on considère que le tuteur ne retire aucun intérêt du quasi-contrat de tutelle. De plus, il remplit une fonction publique qu'il ne dépend pas de lui d'accepter ou de refuser, un mandat onéreux qui lui est imposé sans compensation. Aussi, aurait-il été injuste de réclamer du tuteur qui administre les biens d'autrui forcément une responsabilité équivalente à celle du mandataire qui agit volontairement. Les intérêts du pupille trouvent, du reste, une garantie suffisante dans la diligence que le tuteur apporte dans la gestion de ses propres affaires.

Lorsqu'il y avait plusieurs tuteurs, comment se répartissait la responsabilité entre eux ?

D'après Cujas (Posth. I. *Quæst.* Papin II, p. 30-31), on distinguait selon que la faute commise était lourde ou légère. Dans le premier cas, le pupille pouvait agir contre celui des cotuteurs qu'il voulait, peu importait qu'il eût géré ou non. Dans le second cas, il devait agir contre celui qui avait géré.

§ V

L'acquéreur fiduciaire

En vertu de la clause de fiducie, le créancier

désintéressé devait retransférer à son débiteur la propriété de la chose qui lui avait été remise pour la sûreté de sa dette. C'est ce créancier qu'on appelait à Rome acquéreur fiduciaire.

L'action *fiduciæ* était mise sur la même ligne que l'action *rei uxoriæ* (Coll. leg. Mos. titre X, cap. 2 p. 2). Ce texte nous autorise à croire que la responsabilité de l'acquéreur fiduciaire était la même que celle du mari.

En outre, la loi 18 pr. *in fine* D. l. 13 t. 6 déclare que la faute est appréciée de la même façon *in rebus pignori datis et dotatibus*. Nous avons vu précédemment que les commentateurs du Digeste avaient remplacé dans la loi 18 l'expression primitive « *sicut in rebus fiduciæ datis* » par l'expression « *sicut in rebus pignori datis*. »

Nous pensons donc que l'acquéreur fiduciaire ne répondait que de la *culpa levis in concreto*.

SECTION TROISIÈME

Contrats et quasi-contrats dans lesquels on est tenu du dolus, de la culpa et de la diligentia.

§ I

Le Commodataire

Le commodataire doit, disent les textes, se

servir de la chose prêtée avec toutes les précautions du père de famille le plus diligent. Cette obligation de veiller à sa garde et à sa conservation, au détriment même de ses propres affaires, résulte de ce que le contrat, étant essentiellement gratuit, est entièrement à son avantage (loi 5 p. 2 D. l. 13 t. 6 ; loi 23 D. l. 50, 17).

Nous avons vu, en traitant de la responsabilité du commodant, que lorsque le contrat profitait aux deux parties, le commodataire répondait simplement de la *culpa levis in concreto* (loi 18 D. l. 13 t. 6).

Si, au contraire, le commodat intervenait dans l'intérêt exclusif du commodant, le commodataire ne serait tenu que de la faute lourde (loi 5 p. 10 D. l. 13 t. 6).

Comme le commodataire doit répondre de la garde de la chose, *custodiam planè commodatæ rei* (loi 5 p. 5 D. l. 13 t. 6), il est tenu du vol fait sans violence (loi 10 p. 1 D. l. 13 t. 6 combinée avec la loi 78 D. l. 47 t. 2).

Par exception, la responsabilité du commodataire s'étend aux cas fortuits, si la chose prêtée ayant été estimée, il avait promis de rendre la chose ou son estimation (loi 5 p. 3 D. l. 13 t. 6).

Domat (tome I, titre V, section II) enseignait que, lorsque la chose avait été estimée, le commodataire assumait sur lui tous les risques et périls, lors même qu'il n'y avait pas de promesse de payer l'estimation. Il fondait cette décision sur l'interprétation de la volonté des parties. Nous croyons que cette doctrine ne repose sur aucun texte ; la loi 5 p. 3 dit précisément que non seulement il y a eu

estimation, mais encore promesse de payer la chose ou l'estimation. Il serait donc à la fois contraire au texte et contraire aux principes d'admettre, pour un contrat qui n'a pour but qu'un usage très limité, la présomption que l'estimation vaut vente. L'interprétation de Domat a pourtant été consacrée par l'art. 1883 du Code civil.

Cujas allait encore plus loin ; il prétendait que le commodataire répondait d'une manière générale des cas fortuits.

Les textes citent encore trois cas dans lesquels le commodataire est tenu des cas fortuits :

1^o Lorsqu'il les a occasionnés par sa faute, en transportant, par exemple, la chose dans un endroit autre que celui qui avait été désigné (loi 5, p. 7, D. l. 13 t. 6 ; § 3 Sent. de Paul, l. 2 t. 4).

2^o *Cum posset rem commodatam salvam facere, suam prætulit*, lorsque, dans un péril commun, le commodataire pouvant sauver la chose prêtée, a préféré sauver la sienne (§ 2 Sent. Paul l. 2 t. 4 ; loi 5 p. 4. D. l. 13 t. 6).

3^o Lorsqu'il commet un *furtum usûs* (loi 5 p. 8 D. l. 13 t. 6).

§ II

Le vendeur

Ulpien, dans la loi 23 D. l. 50, 17, range la vente parmi les contrats qui requièrent la diligence. Dans

la loi 2 D. l. 13 t. 6, il semble, au contraire, donner une responsabilité plus étendue au commodataire qu'au vendeur, alors que Paul, dans la loi 3 D. l. 18 t. 6, exige de l'un et de l'autre *diligentiam exactiorem quam in suis rebus adhibent*.

Sans chercher à expliquer cette contradiction d'Ulpien, nous pouvons affirmer, en nous appuyant sur de nombreux textes, que le vendeur et l'acheteur étaient tenus de la *culpa levis in abstracto* (loi 35 p. 4 et loi 68 pr. D. l. 19 t. 1 ; loi 18 p. 9 D. l. 39 t. 2).

La responsabilité du vendeur peut s'étendre exceptionnellement aux cas fortuits si *custodiam ejus usque ad traditionem venditor susciperit*.

La loi 1, p. 2, D. l. 21, t. 1 applique la notion de la faute à la *garantie d'éviction*. Dans toutes les conventions où l'on s'engage à aliéner, le *tradens* doit savoir s'il a la disposition du droit qu'il promet et si la chose qu'il livre est dans les conditions auxquelles croit l'*accipiens*. Si le *tradens*, avant de contracter, ne s'est pas assuré de son propre droit sur la chose qu'il aliène, il est en faute. De ce que la garantie pour cause d'éviction a pour base la responsabilité naissant d'une faute du vendeur, il résulte que toutes les fois qu'un semblable reproche ne pourra être fait à ce dernier, l'obligation de garantie cessera. « L'obligation de payer des dommages-intérêts est alors remplacée, dit M. Von Ihering, par l'obligation de restituer le prix de vente. Il en est ainsi notamment dans le cas où le *pignus ex causâ judicati captum* est évincé sur l'acheteur, le saisi est sans faute, la vente a été faite sans

sa volonté » (Loi 74, p. 1, D. l. 21, t. 2 ; loi 13, Code l. 7, t. 45).

Le *tradens* doit également savoir et faire connaître à l'*accipiens* si la chose qu'il vend est, par suite de vices cachés, impropre à l'usage auquel elle est destinée ; s'il manque à cette obligation, il est en faute et responsable ; de ce que la responsabilité relative aux défauts cachés a pour base une faute, il résulte que le vendeur ne sera tenu qu'autant que cette faute pourra lui être reprochée : ce qui n'aura pas lieu notamment lorsque l'acheteur aura connu lesdits défauts ou lorsque la vente aura été forcée.

L'*échange*, *permutatio*, est soumis aux mêmes règles que la vente au point de vue de la responsabilité. Les co-permutants retirent un avantage réciproque du contrat ; ils doivent donc répondre tous deux de la faute légère appréciée *in abstracto* (loi 5 p, 2 D. l. 13 t. 6 ; loi 108 p. 12 *in fine* D. l. 30).

§ III

Le locataire

Justinien (§ 5 Inst. l. 3 t. 24) et Gaius (loi 25 p. 7 D. l. 19 t. 2) déclarent que dans les trois espèces de contrats de louage : 1° dans le contrat de louage de choses, *locatio rerum*, 2° dans le contrat de louage de travail, *locatio operarum*, et 3° dans le contrat de

de louage d'ouvrage, *conductio operis*, le *locator* et le *conductor* sont responsables, non seulement du dol, mais de toute faute. *Talis custodia desideratur qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet.*

Cette décision est confirmée par un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximin (loi 28 Code l. 4 t. 65).

Quelques interprètes, dans le but d'arriver à expliquer quelques textes divergents, ont prétendu que la *diligentia* n'était pas requise dans tous les cas.

Hottoman (*de verborum et rerum significatione*) et Jacques Godefroy, en s'appuyant sur les textes d'Ulpien et de Javolénus (loi 5 p. 2 D. l. 13 t. 6; loi 9 p. 5; loi 60 D. l. 19 t. 2), font la distinction suivante : Si le débiteur a la chose comme locataire, il est tenu de la *culpa*; si, au contraire, il a la chose comme locateur d'industrie, il répond de la *diligentia*.

Cette distinction est repoussée par le § 5 des Institutes précité, dans lequel Justinien applique la *diligentia* au louage des choses.

Un des plus anciens glossateurs, Martin, a tenté un autre moyen de conciliation qui a séduit Alciat (Commentaire sur la loi 226 D, l. 50, t. 16) et qui a été approuvé par Dumoulin dans son traité : *De eo quod interest.*

D'après ces auteurs, il faut distinguer entre les choses fragiles, difficiles à conserver, et celles n'exigeant qu'un soin ordinaire. Dans le premier cas, le locataire répondrait de la *diligentia*; dans le second, du *dolus* et de la *culpa* seulement.

La loi 25 p. 7, précitée, renverse absolument cette

opinion, puisqu'elle exige la *diligentia* dans le cas du transport d'une lourde colonne.

Ces prétendues conciliations n'ont donc aucun fondement dans les textes, nous préférons décider que la *diligentia* est requise dans tous les cas.

Par exception, le *conductor* est tenu des cas fortuits, lorsqu'il y a eu *æstimatio* au moment de la remise de la chose (loi 3, loi 54, p. 2 D. l. 19, t. 2).

Contrat emphytéotique. — Les jurisconsultes romains étaient en désaccord au sujet des règles appliquées au contrat emphytéotique : « *A quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur...* », nous dit Justinien (§ 3, Inst. l. 3, t. 24). L'empereur Zénon trancha cette controverse en faisant du contrat emphytéotique un contrat *sui generis*, distinct de la vente et du louage (loi 1. Code l. 4, t. 66). Dans ce contrat les deux parties répondent de la *culpa levis in abstracto*. C'est ainsi que le maître du fonds, *dominus*, était responsable de toute faute, s'il ne garantissait pas l'emphytéote contre l'éviction et les vices cachés. De son côté, l'emphytéote encourait la même responsabilité, s'il ne jouissait du fonds en bon père de famille (Novelle 3 ch. 3 § 2 *initio*.)

§ IV

Le mandataire

La divergence des textes témoigne du désaccord

qui a régné entre les jurisconsultes en ce qui concerne la responsabilité du mandataire.

Les uns n'admettent pour le mandataire que la responsabilité du dol et de la faute lourde. Ulpien (loi 8 p. 10, loi 10 pr., loi 29 pr. D. l. 17 t. 1), Modestin (Coll. leg. Mos. ch. X t. 2 § 3) et l'empereur Alexandre Sévère (loi 10 Code l. 2 t. 13) partageaient cette opinion. C'est l'application pure et simple du droit commun, puisque le mandataire n'a aucun intérêt à l'exécution du contrat.

D'autres soutiennent, au contraire, que le mandataire est tenu de la *culpa levis in abstracto*. Les empereurs Dioclétien et Maximin exigent cette responsabilité dans les termes suivants : *A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur* (loi 13 Code l. 4 t. 35). Constantin (loi 21 Code *eodem*) décide que celui qui s'est chargé de gérer les affaires d'autrui doit surveiller *exacto officio* sous peine d'être responsable de la plus petite négligence.

M. Molitor a cherché à expliquer la divergence qui existe entre les lois du Digeste et celles du Code.

Dans l'ancien droit, dit-il, le commerce était peu développé, le mandat était considéré comme un service d'ami, il s'exécutait gratuitement. Sous l'Empire, au contraire, le commerce prit un développement considérable dans toute l'étendue de l'Empire Romain. Les citoyens qui étaient parfois séparés par les plus grandes distances, devaient avoir recours à des mandataires salariés, s'ils voulaient contracter des engagements entre eux.

Le mandataire qui ne recevait aucun salaire était tenu seulement du dol ; le mandataire salarié avait encore à répondre de la *culpa* et de la *diligentia*.

Les lois du Digeste concernaient le premier, les lois du Code visaient, au contraire, le second.

Nous n'acceptons pas cette distinction de M. Molitor.

Jusqu'à l'époque classique, le mandataire n'était responsable, il est vrai, que de son dol et de la faute grave; mais à partir de ce moment on exige toujours de lui tous les soins d'un bon père de famille. Les expressions dont se servent les empereurs Dioclétien, Maximin et Constantin, dans les constitutions précitées, ne nous laissent aucun doute à cet égard. Et comme ces textes sont postérieurs en date au § 3 de la *Collatio legum mosaïcarum* et à la loi *Contractus*, nous pensons qu'ils vinrent trancher définitivement la controverse qui avait si longtemps divisé les jurisconsultes.

Comment expliquer la responsabilité rigoureuse du mandataire ?

Elle peut se justifier à la fois par le caractère religieux de ce contrat et la confiance illimitée qui en est la base.

L'exécution du mandat est d'autant plus sacrée que le mandataire a promis sa foi (Cicéron, *Pro Roscio Amerino*, 38).

Le nom seul de ce contrat, *man-datum*, dit M. Ortolan, révèle ce symbole primitif de la main donnée et reçue en signe de foi.

On peut ajouter que la personne à qui on a confié une affaire, doit agir comme pourrait le faire celui

dont elle tient la place; elle doit apporter toute la diligence, toute la prudence d'un bon père de famille. La loi 21 Code l. 4 t. 35 fait très bien ressortir l'importance capitale que présentait à Rome la gestion des affaires d'autrui. *In re mandata, non pecuniæ solùm, verumetiam existimationis, periculum est.*

« Le mandat suppose entre les contractants, dit M. Du Caurroy (Tome II, N° 1074), une amitié, une affection que blesserait la moindre négligence. Aussi l'exécution du mandat est-elle une affaire d'honneur autant que d'intérêt. »

On exprime la même idée en disant : *Originem ex officio atque amicitia trahit.*

C'est pour ces motifs que le mandataire qui s'était acquitté de son mandat, non seulement avec déloyauté, mais même avec négligence, était noté d'infamie (Loi 1 p. 1, loi 6 p. 5 D. l. 3 t. 2; Cicéron, *pro Cæcina*, 3).

Lorsque le mandant n'avait pas expressément donné au mandataire le pouvoir de substituer, sans pourtant avoir exigé son acte personnel, nous croyons que le mandataire était libre de faire exécuter le mandat par un tiers qu'il se substituait. Comme aucune obligation ne s'y opposait, cette substitution ne constituait pas une faute. Mais, d'autre part, comme le mandataire s'était engagé à gérer l'affaire en bon père de famille, il était juste, si son substitué commettait quelque faute, que lui, mandataire principal, répondît vis-à-vis du mandant de sa *culpa in eligendo* (1).

Le mandataire ne pouvait se libérer qu'en prou-

(1) Ihering : De la faute, p. 53.

vant qu'il avait fait un bon choix ou en établissant que l'inexécution de l'acte provenait d'un cas fortuit (loi 8 p. 3 D. l. 17 t. 1; loi 21 D. l. 3 t. 5; loi 2 p. 1 D. l. 11 t. 6).

Il est à remarquer que le mandat accepté par plusieurs et relativement au même objet, rend les mandataires solidairement responsables (loi 60 p. 2 D. l. 17 t. 1). Le Code civil n'a pas suivi cette règle; la solidarité ne peut être exigée des mandataires qui si elle est exprimée dans l'acte (Art. 1995, C.C.)

§ V

Le gérant d'affaires

L'immixtion dans les affaires d'autrui est en principe prohibée par la loi. *Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti*, dit la loi 36 D. l. 50 17. Aussi ne faut-il pas s'étonner que le gérant soit toujours responsable de la faute que n'aurait point commise un père de famille très diligent. « *Omnem diligentiam præstare debet* » (loi 34 D. 22, 1). Ulpien est également très affirmatif dans la loi 23 D. l. 50, 17; après avoir fait l'énumération des contrats et quasi-contrats dans lesquels on répond seulement de son dol et de sa faute, il ajoute : « *Negotia gesta in his quidem et diligentiam* ». Justinien a accentué encore cette règle dans le § 1 Inst. l. 3 t. 27 : « *Ad exactissimam quisque diligentiam compel-*

litur reddere rationem. » Nous pourrions multiplier ces citations ; constatons simplement que tous les textes sont d'accord pour apprécier *in abstracto* la faute légère commise par le *negotiorum gestor* (loi 13, loi 21 § 3 D. l. 3 t. 5 ; loi 20 Code l. 2 t. 19 ; loi 24 Code l. 4 t. 32).

Cette responsabilité se justifie aisément.

Le gérant d'affaires agit sans ordre et même à l'insu du *dominus rei* ; au lieu d'attendre qu'on lui offre la gestion, il s'en empare.

Il est certain, dit M. Du Caurroy, qu'en s'offrant à l'obligation on prend par cela même une responsabilité plus étendue : nous en avons pour exemple le dépositaire « *qui se obtulit deposito* ».

En outre le *negotiorum gestor* a, par le fait de son immixtion, empêché une personne plus diligente que lui d'entreprendre la gestion ; il doit donc supporter les conséquences de sa faute.

Nous pouvons ajouter que la plupart des motifs que nous avons invoqués pour déterminer l'étendue de la responsabilité du mandataire peuvent trouver leur application ici.

En principe le gérant ne répond pas des cas fortuits (loi 22 Code l. 2 t. 19). Ainsi s'il fait des placements de fonds, il n'est pas responsable de l'insolvabilité des débiteurs survenue par cas fortuit (loi 37 p. 1 D. l. 3 t. 5).

Le *negotiorum gestor* s'est exposé pour vous rendre service, il a donné son temps, ses soins et tout cela gratuitement ; vous ne pouvez lui demander plus qu'au commun des hommes

diligents, plus que vous eussiez fait probablement vous-même.

Exceptionnellement la responsabilité du gérant peut cependant s'étendre aux cas fortuits s'il a fait des opérations hasardeuses que le maître n'avait pas l'habitude de faire (loi 11 D. l. 3 t. 5) ou si le *negotiorum gestor*, tout en gérant les affaires d'autrui, a plutôt agi dans son propre intérêt que dans celui du maître (loi 6 p. 3 D. l. 3 t. 5).

Il en sera encore de même, nous dit la loi 13 D. l. 3 t. 5, si le gérant, ayant en main une somme d'argent suffisante pour payer les créanciers du maître, dépose cette somme, sans motif plausible, dans une cassette qui périt par cas fortuit; dans ce cas le gérant supportera personnellement la perte à raison de la faute qu'il a commise.

D'une manière générale on peut dire que le gérant est tenu, à raison de sa faute, des risques et périls provenant du cas fortuit, dans tous les cas où il ne pourra pas intenter l'*actio negotiorum gestorum eontraria*, et ceux où il ne pourra l'exercer que jusqu'à concurrence de ce dont le *dominus* s'est enrichi.

A l'inverse la responsabilité du gérant peut, dans certains cas, être limitée au dol et à la faute lourde.

Cette circonstance se produira lorsque le *negotiorum gestor affectione coactus*, s'est chargé d'une affaire abandonnée de tous pour éviter au maître la perte de ses biens (loi 3, p. 9, D. l. 3, t. 5); ou bien lorsqu'il a géré les affaires du maître, en se

considérant de bonne foi comme son esclave (loi 3, p. 8, loi 19, p. 2; loi 36, D. l. 3, t. 5).

Qu'arrive-t-il lorsque plusieurs personnes ont entrepris collectivement une gestion? Doivent-elles être considérées comme solidairement responsables de leur gestion?

Modestin, dans la loi 26 D. *de neg. gestis* l. 3, t. 5, n'hésite pas à se prononcer pour la négative. A la différence des comandataires, ces gérants ne seront tenus chacun que des affaires qu'ils auront administrées.

Le possesseur de mauvaise foi, avant la *litis contestatio*, doit être assimilé, sous le rapport de la responsabilité, au gérant d'affaires, puisqu'il détient sciemment la chose d'autrui. Après la *litis contestatio*, il répond même des cas fortuits.

Le possesseur de bonne foi répond également de la *diligentia*, mais seulement après la *litis contestatio*. (loi 45, D. l. 6, t. 1).

§ VI

Le créancier gagiste

Dans le contrat de gage la responsabilité du créancier gagiste s'étend à la faute légère.

Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commo-dato, venit et custodia : vis major non venit (loi 13, p. 1, lois 14 et 22, p. 4; loi 30 D. l. 13, t. 7; § 4, Inst. l. 3, t. 14; lois 6 et 19, Code l. 4, t. 24).

Le créancier gagiste est donc assimilé au commodataire, c'est-à-dire que, comme lui, il est tenu de la faute *in abstracto*.

Cette solution est conforme aux principes en raison de l'intérêt personnel que le créancier gagiste trouve dans le contrat.

Quelques auteurs ont cru voir une contradiction dans les textes, parce que Gaïus, dans la loi 18, D. l. 13, t. 6, assimilait la responsabilité du créancier gagiste à celle du mari tenu de l'action *rei uxoriæ* et n'exigeait d'eux que la *diligentia suis rebus consueta*. Nous avons vu précédemment que cette divergence s'expliquait historiquement. Au temps de Gaïus, le contrat de fiducie était en vigueur ; le mot *fiducia* a dû être corrigé par Tribonien et remplacé par le mot *pignori*. Gaïus, dans la loi 18, n'a pas entendu parler du créancier gagiste ; il a simplement opposé au mari tenu de l'action *rei uxoriæ* l'acquéreur qui doit restituer en vertu d'un contrat de fiducie. Cette assertion est, du reste, confirmée par le § 2, ch. 2, tit. V de la Coll. leg. Mos.

Le créancier gagiste ne répond ni des cas fortuits, ni de la force majeure, sauf convention contraire (loi 6, Code l. 4, t. 24). Toutefois, si ce cas fortuit ou cette force majeure provenait d'une absence de soins de sa part, il pourrait encourir une condamnation *in id quod interest*. La perte partielle ou totale retombe donc sur le propriétaire, mais c'est au gagiste à prouver l'existence du cas fortuit ou de la force majeure.

Quelques anciens interprètes, et notamment Gérard Noodt (*probabilium juris Civilis libri*) ont rem-

placé, dans la loi 13 p. 1, précitée, les mots : *ut in commodato* par les mots : *et in commodato*, et ont divisé la phrase en deux parties : la première se rapportant au créancier gagiste ; la seconde, au commodataire. Pour expliquer cette contradiction des textes, ils ont distingué entre le cas où le gage est dans les mains du créancier pour garantir sa dette et celui où, la dette étant payée, le gage n'est plus qu'une sorte de dépôt. Cette correction n'est pas admissible ; les Basiliques se servent, d'ailleurs, de la conjonction *et* pour rendre la conjonction *ut*.

Le débiteur gagiste répond de la *culpa levis in abstracto*, parce qu'il retire également un profit de la constitution de gage. C'est en effet le contrat de gage qui détermine le créancier, sinon à contracter l'obligation principale, du moins à accorder au débiteur des conditions plus avantageuses, par exemple une échéance plus reculée, un taux d'intérêts moins élevé (loi 5 p. 2 *in fine* D. l. 13 t. 6, § 4 Inst. l. 3 t. 14).

§ VII

Le déposant

Le déposant qui a seul intérêt au contrat répond de la *culpa levis in abstracto* (loi 61 p. 5 D. l. 47 t. 2). Il répond, par exemple, de toute faute, lorsque l'objet déposé a pu causer un préjudice au dépositaire.

C'est, par exemple, un vase qui aurait été brisé chez le dépositaire par l'esclave déposé, une détérioration des écuries où les animaux déposés ont été mis, etc... En un mot, le service que le dépositaire a voulu rendre ne doit pas se changer pour lui en une cause de préjudice.

Le droit à la réparation du dommage causé subsiste évidemment, alors même que l'objet déposé ayant péri par cas fortuit, il n'y aurait plus lieu à intenter l'action *depositi directa*.

L'action *depositi contraria* est indépendante de l'autre.

§ VIII

L'héritier

Par l'acceptation d'une hérédité, l'héritier contracte envers le légataire l'obligation de lui livrer la chose qui lui a été léguée. Cette obligation, formée *quasi ex contractu*, ne peut se comparer à aucun contrat déterminé.

Par exception les textes étendent aux obligations nées du testament la théorie admise dans les contrats de bonne foi. Cette dérogation aux principes s'explique, dit M. Accarias, par la bienveillance qu'on témoignait au légataire et au fidéicommissaire « qui n'ont pas pu, n'ayant pas contracté avec leur débiteur, veiller eux-mêmes à leurs propres intérêts. »

Pour déterminer la responsabilité de l'héritier, il faut distinguer si après l'acquittement des legs ou du fidéicommiss, le grevé doit conserver quelque chose de la disposition faite en sa faveur, ou si, au contraire, aucun bénéfice ne doit lui rester.

Dans le premier cas, l'héritier est tenu de la *culpa levis in abstracto*, s'il perd par sa faute la chose que le testateur l'avait chargé de remettre au légataire.

Diligentia quoque exigenda est ab hærede (loi 47, p. 5 D. *de legatis* 30).

Dans le second cas, le fiduciaire qui ne retire aucun avantage du testament rend un service purement gratuit; il n'est tenu que de son dol et de sa faute lourde (loi 47, §§ 4, 5; loi 108, p. 12 D, l. 30).

Certains commentateurs qui basaient la division tripartite des fautes non seulement sur l'avantage retiré du contrat, mais aussi sur le fait qu'on gérât sa propre affaire ou celle d'autrui, font une autre distinction (Cujas Posth. I p. 483 et suiv. Quæst. Papin. XVIII):

D'après le droit antérieur à Justinien, on admettait que les legs pouvaient faire passer au légataire ou bien la propriété de la chose léguée (legs *per vindicationem*) ou bien seulement un droit de créance contre l'héritier pour obtenir cette chose (legs *per damnationem*) (Gaius, Com. II. § 192 et suiv.)

Les commentateurs, d'accord avec les principes posés, faisaient la distinction suivante: Si le legs était fait *per damnationem*, l'héritier donnait ses soins à une chose dont il était propriétaire, et qui ne

pouvait passer sans lui au légataire; aussi n'est-il tenu que de sa *culpa lata*.

Dans le legs *per vindicationem*, au contraire, il gérait la chose d'un autre, et il était tenu de sa *culpa levissima*.

Envers le légataire, l'héritier répond non seulement de sa faute mais encore de son fait, qui suffit pour maintenir son obligation envers le légataire : *Si res legata sine facto hæredis perierit, legatorio decedit.* (§ 16 Inst. l. 2 t. 20). Ainsi, en principe, la chose léguée est aux risques du légataire, que ce soit avant ou après le *dies cedit*, ou même après le *dies venit*.

La fin du § 16 explique comment le simple fait de l'héritier peut conserver son obligation envers le légataire : *si vero hæredis servus legatus fuerit, manumiseritque eum, teneri eum Julianus scripsit, nec interest scierit, an ignoravit a se legatum esse.* On voit aussi au Digeste (loi 25 p. 2 D. l. 36 t. 1) une loi du même Julien qui statue de la même façon sur un cas analogue.

§ IX

L'usufruitier — L'usager

La promesse de jouir en bon père de famille, garantie par une satisfaction, rend l'usufruitier responsable de toutes les détériorations qu'il a causées par sa faute (§ 38 Inst. l. 2 t. 1; loi 9 p. 2; loi 65 pr. D. l. 7 t. 1).

L'usager qui permet également avec satisfaction d'user de la chose en bon père de famille répond de toute faute (loi 5 p. 1 D. l. 7 t. 9).

Ajoutons que le débiteur dont l'obligation a sa source dans un *contrat innommé*, est généralement tenu de la *culpa levis in abstracto* (loi 5 p. 1 ; loi 17 p. 1 et 2 D. l. 19 t. 5).

CHAPITRE IX

De la responsabilité du débiteur dans les contrats de droit strict

Les règles de la responsabilité contractuelle que nous venons d'exposer ne sont pas applicables à tous les contrats et quasi-contrats.

La responsabilité du dol et de la faute donne lieu, en effet, à deux théories toutes différentes, selon que le contrat est de bonne foi ou de droit strict.

Cette différence provient de la *condictio* à laquelle donnent lieu les contrats de droit strict.

La théorie de la prestation des fautes s'applique, nous l'avons vu, lorsque l'objet de la prestation est une chose individuellement déterminée, *species*. Elle ne présente aucun intérêt, quand l'objet de la prestation est une quantité de choses fongibles, *res quæ pondere, numero vel mensurâ constant*, par exemple une somme d'argent. Avant la livraison, en effet, personne ne peut dire que telle chose est l'objet de la prestation plutôt que telle autre de la même espèce. *Genera non pereunt*. C'est par application de ce principe que la théorie des fautes n'a aucune importance pour le *mutuum*. Elle ne s'applique pas

davantage au contrat *litteris* puisque ici encore la chose due n'est déterminée que dans son genre et non individuellement.

Il en est de même pour la *condictio indebiti*. En effet, si l'*accipiens* est de bonne foi, il n'est tenu que jusqu'à concurrence de son enrichissement (loi 26 p. 12, loi 65 p. 8 D. l. 12 t. 6). Si, au contraire, l'*accipiens* est de mauvaise foi, il doit restituer la chose reçue avec tous ses accessoires (loi 15 pr. D. l. 12 t. 6 ; loi 38 p. 2 D. l. 22 t. 1). Il ne peut se dérober à l'obligation de restituer en totalité ce qu'il a reçu qu'en justifiant d'un cas fortuit.

Il ne nous reste plus à examiner qu'un contrat de droit strict : la stipulation.

Toute stipulation a pour objet l'une de ces deux choses : *dare* ou *facere*.

S'il s'agit d'une stipulation de faire, le débiteur répond, non seulement du dol et de la faute, mais encore de la diligence du bon père de famille (loi 137 § § 2 et 3 D. l. 45 t. 1). Il ne peut se soustraire à l'exécution de l'obligation qu'en prouvant le cas fortuit.

Si la stipulation porte sur un *dare*, le débiteur est seulement tenu de la faute consistant en un acte positif, de la *culpa in faciendo* et non de la faute par omission, de la *culpa in non faciendo*. Ainsi j'ai promis un esclave, mais cet esclave vient à mourir par suite de défaut de soins, je ne suis pas responsable, dit le jurisconsulte Paul, *quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur* (loi 91 D. l. 45 t. 1). « Si c'est par un fait de sa part que le promettant a occasionné la mort de cet esclave, dit M. Ortolan,

il est tenu de l'action de stipulation ; mais si c'est par négligence, faute de soins dans une maladie, l'action de la stipulation ne peut lui en faire tenir compte ». Par exemple, peu importe si je livre un esclave empoisonné ou un fonds appauvri par des dégradations matérielles. Dès que la tradition a eu lieu, je suis libéré, parce que le contrat verbal ne m'obligeait qu'à transférer la propriété (loi 7 p. 3 D. l. 4 t. 3)

Mais si le créancier ne peut pas agir par l'action *ex stipulatu*, il peut avoir recours à l'action *de dolo* ou à défaut de dol, à une action *in factum*.

Toutefois si le débiteur a diminué le droit plein et entier qu'il avait sur la chose, par exemple en l'aliénant partiellement ou en constituant hypothèque, il devra répondre de toute faute, et l'action *ex stipulatu* sera recevable (loi 51 D. l. 45 t. 1 ; lois 20 et 27, loi 98 pr. D. l. 46 t. 3).

En résumé, dans les contrats de droit strict, la question de savoir si la perte de la chose due est arrivée par la faute du débiteur ne se pose que relativement aux obligations nées d'une stipulation et portant sur des corps certains.

DROIT FRANÇAIS

DU RENOUVELLEMENT

DES

INSCRIPTIONS DES PRIVILÈGES

ET DES HYPOTHÈQUES

Introduction historique

Le privilège et l'hypothèque ne peuvent passer à l'état de droits actifs et constituer réellement « les causes légitimes de préférence » dont parle le législateur dans l'article 2064 du Code Civil, tant que leur existence n'est pas révélée aux tiers. Ainsi le créancier privilégié qui veut rendre opposable aux autres créanciers le droit de préférence résultant de la qualité de sa créance, doit rendre son privilège public par la voie de l'inscription (Art. 2106 C. Civ.); de même l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur des hypothèques (Art. 2134 C. Civ.)

L'inscription a donc pour objet la manifestation du privilège ou de l'hypothèque aux yeux des tiers ; elle est le moyen établi pour réaliser le principe de la publicité qui forme la base fondamentale de notre régime hypothécaire.

Ce principe ne fut pas toujours inscrit dans nos lois. Dans l'ancien droit la clandestinité de l'hypothèque formait à peu près le droit commun de la France ; les pays coutumiers faisaient pourtant exception : une certaine publicité, très imparfaite il est vrai, existait dans les provinces dites de saisine et de nantissement. Henri III, en 1581, Henri IV, en

1606, Louis XIV, en 1673, essayèrent successivement d'unifier la législation, mais ils ne réussirent pas à établir un système général de publicité qui heurtait une tradition séculaire et blessait des préjugés et des intérêts. Les réclamations des Parlements et surtout de la noblesse empêchèrent chaque fois la suppression complète d'une législation surannée qui portait au crédit public une atteinte des plus funestes.

L'hypothèque resta occulte jusqu'à la période intermédiaire qui organisa le régime moderne de la publicité. C'est la loi du 9 messidor an III, qui, la première, subordonna l'efficacité à l'égard des tiers, des privilèges et des hypothèques à l'existence d'une inscription. Cette inscription n'avait qu'une durée limitée; aux termes de l'article 219, elle était considérée comme non avenue, si elle n'était pas renouvelée avant l'expiration de dix années. Plusieurs lois vinrent successivement reculer la date d'application de la loi du 9 messidor an III, qui, de prorogation en prorogation, finit par rester sans exécution.

Le 11 brumaire an VII, une nouvelle loi hypothécaire fit entrer définitivement le principe de la publicité dans le domaine pratique. L'article 23 de cette loi exigeait également le renouvellement décennal des inscriptions. Il était ainsi conçu : « Les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilège pendant dix années, à compter du jour de leur date : leur effet cesse si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai. »

Le principe du renouvellement ne fut pas même

discuté à cette époque, d'après ce qui résulte du rapport présenté par Crassous, au Conseil des Cinq-Cents, dans la séance du 3 germinal an VI : « Si l'effet de l'inscription, disait-il, se perpétuait pendant un très long intervalle d'années, les recherches nécessaires pour se procurer les renseignements dont on aurait besoin se multiplieraient à l'infini et les rendraient difficiles et douteuses. La différence d'opinion ne doit donc varier que sur le terme de cette durée d'inscription ; quel qu'il soit, il faut le préciser assez exactement pour qu'aucune circonstance ne puisse le faire varier, et que le conservateur l'aperçoive distinctement. L'exception pour un seul cas rendrait la disposition inutile à l'égard de tous, par l'impossibilité où serait le fonctionnaire de vérifier le cas auquel devrait s'appliquer l'exception. Tel fut le motif qui fit renoncer à une opinion faite pour séduire au premier abord, celle de maintenir l'inscription pendant la durée entière de la créance pour laquelle elle aurait eu lieu. En général, les actions du créancier fondées en titres, subsistent pendant trente années : ce terme eut donc été celui de l'inscription. Mais cette première règle cède à une foule d'exceptions. Les minorités, les demandes intentées en empêchent l'application ; et comme celles-là se succèdent quelquefois les unes aux autres pendant très longtemps, que les procès se jugent plus ou moins promptement, on ne trouvait plus de bases fixes pour mettre le conservateur à portée de distinguer ces circonstances particulières. Dès lors nécessité pour lui de comprendre ou plutôt de confondre

dans un tous les cas possibles d'exception.....
Forcé de déterminer un terme égal pour tous et
qui ne souffre aucune altération, celui de dix ans
a paru suffisant, et votre commission vous propose
de l'adopter. L'expérience prouve qu'en général
les créances s'éteignent dans un laps de temps
moins long..... » (1).

Lors de la rédaction du Code Civil, le principe
de la publicité hypothécaire donna lieu à une
longue et intéressante discussion.

La commission d'élaboration du Code Civil avait
à choisir entre deux systèmes qui comptaient l'un
et l'autre des partisans : 1^o le système de la loi de
Brumaire qui n'attribuait d'effet à l'hypothèque que
par l'inscription et à compter de l'inscription. —
2^o le système de l'édit de 1771 aux termes duquel
ceux qui prétendaient avoir un droit de privilège
ou d'hypothèque sur les biens de leur débiteur,
devaient former entre les mains du conservateur
des hypothèques une opposition qui devait être
renouvelée avant l'expiration de trois années. Cet
édit présentait un vice capital, car il déterminait
le droit de préférence entre les créanciers opposants,
non pas d'après la date des oppositions, mais d'après
celle de l'acte constitutif de l'hypothèque ; par consé-
quent, il faisait rétroagir l'effet de l'opposition au
jour où l'hypothèque avait été consentie.

La commission était fortement opposée au
système de la loi de brumaire. Elle proposait de
revenir à l'édit de 1771. Cette opinion était sur-
tout celle de Tronchet et de Bigot-Préameneu.

(1) Moniteur universel, 10 germinal an VI.

C'est en ce sens que le projet de loi avait été rédigé. D'un autre côté, la section de législation du Conseil d'Etat soutenait énergiquement le système de la loi de brumaire. Comme il était indispensable qu'un parti fût pris sur le système qui servirait de base à la loi nouvelle, il fut décidé que deux rapports seraient présentés au Conseil d'Etat, l'un par Bigot-Préameneu, au nom des partisans de l'ancien droit, l'autre par Réal, au nom des partisans du système de la loi de Brumaire (1). Le Conseil d'Etat, dans la séance du 19 Pluviôse au XII, se prononça pour le système de publicité de la loi de Brumaire. Un nouveau projet, rédigé sur ces bases, fut présenté à la section de législation du Conseil d'Etat par Treilhard. L'article 63 de ce projet proposait de donner à l'inscription la même durée que l'action personnelle. Il était ainsi conçu : « Les inscriptions conservent les privilèges et hypothèques à compter du jour de leur date, pendant tout le temps que durent l'obligation et l'action personnelle contre le débiteur, ou pendant tout celui que dure l'action hypothécaire contre le tiers détenteur quand le bien chargé d'hypothèque est dans ses mains. » Treilhard défendit cette rédaction devant le Conseil d'Etat, dans la séance du 10 Ventôse an XII, mais le consul Cambacérès, Bigot-Préameneu, Berlier et Crétet exposèrent les inconvénients qu'il y aurait à rapporter l'article 23 de la loi de Brumaire qui avait été mûrement élaboré. « L'obligation personnelle, disaient-ils, peut se prolonger indéfini-

(1) Locré, t. XVI, p. 107 et suiv.

ment, soit par des actes conservatoires, soit par une suite de minorités : comment le conservateur pourra-t-il se retrouver dans cette foule de registres qu'il sera forcé de consulter chaque fois qu'on lui demandera un certificat d'inscription ? » Le Conseil d'Etat renonça à calculer la durée de l'inscription sur celle de l'obligation personnelle, et finit par adopter un amendement aux termes duquel « l'effet des inscriptions continuait à ne durer que dix ans (1).

Le projet de rédaction du Conseil d'Etat fut adopté sans difficulté par le Tribunat et par le Corps législatif. Il devint l'article 2154 du Code Civil et fut promulgué, le 8 germinal an XII, avec le titre XVIII du livre III du Code Civil.

Cet article n'est que la reproduction littérale de l'article 23 de la loi de Brumaire. Il est encore en vigueur aujourd'hui, mais il n'échappa pas aux critiques dont notre système hypothécaire fut l'objet depuis le commencement de ce siècle.

En 1827, Casimir Périer ouvrit un concours sur les réformes à apporter au régime hypothécaire du Code Civil, et créa un prix de trois mille francs pour l'auteur du meilleur mémoire. Des divers mémoires envoyés au gouvernement, un seul fut publié, celui de Decourdemanche, avocat à la Cour de Paris. Ce jurisconsulte demandait la suppression du renouvellement à cause des inconvénients que cette obligation entraînait. « Tous les dix ans, disait-il, les ayants-droit sont exposés à voir leurs intérêts compromis par un simple oubli. . . . Les

(1) Locré, t. XVI, p. 277.

registres des conservateurs sont surchargés d'écritures qui font double emploi.... La nécessité où sont les conservateurs de parcourir tous les volumes où se trouvent un grand nombre d'inscriptions primitives et renouvelées, augmente les chances d'erreurs (1).

Le gouvernement ne déposa aucun projet à la suite de ce concours, qui n'amena aucune modification dans la législation. La nécessité d'une réforme hypothécaire continua cependant à être remise en question. Chaque année, à partir de 1830, un certain nombre de conseils généraux é mirent des vœux en ce sens.

En 1836, une pétition demandant la révision de nos lois hypothécaires fut adressée à la Chambre des Députés. Cette pétition fit l'objet d'un rapport dont les conclusions, adoptées par la Chambre, reconnaissaient l'urgence d'une réforme.

C'est en 1841 seulement que le gouvernement se préoccupa sérieusement de la révision de nos lois hypothécaires. Dans une circulaire en date du 7 mai 1841, le garde des sceaux, Martin (du Nord) annonçait que le gouvernement était décidé à soumettre prochainement aux Chambres un projet de loi sur cette importante matière, mais qu'avant d'en poser les bases, il tenait à demander l'avis des grands corps judiciaires de la France. Le garde des sceaux indiquait la question du renouvellement des inscriptions parmi les difficultés qui étaient plus particulièrement soumises à l'attention de la Cour de Cassation, des Cours d'Appel, des Facultés de Droit

(1) Vues d'amélioration du régime hypothécaire, pages 30 et 74.

et de l'Administration de l'Enregistrement. Les corps consultés répondirent avec empressement à l'appel du garde des sceaux. Les procès-verbaux des discussions auxquelles ils se sont livrés ont été conservés au Ministère de la justice. En 1844, ces documents furent résumés par ordre du Ministère et imprimés aux frais de l'Etat.

En 1847, une commission de trente-six membres fut chargée de rechercher dans ces procès-verbaux les idées théoriques ou pratiques dont il pouvait être fait un utile usage. Cette commission, trop nombreuse pour s'occuper, dans tous ses détails, d'une tâche aussi considérable, se subdivisa en sept sections dont chacune devait spécialement étudier une des parties du régime hypothécaire. Persil fut chargé de résumer, dans un rapport général, les travaux des sept sous-commissions. A la suite de ce rapport, un projet de loi fut déposé par le gouvernement le 7 février 1848 : il maintenait le renouvellement décennal. La révolution qui éclata quelques jours après, en empêcha la discussion.

En 1849, le message du Président de la République rangeait la réforme hypothécaire au nombre des améliorations législatives les plus urgentes. M. Odilon Barrot, Ministre de la Justice, fit nommer, le 14 juin 1849, une nouvelle commission extra-parlementaire, chargée de préparer les bases d'une nouvelle législation hypothécaire. Cette commission prépara un projet qui fut soumis à l'examen du Conseil d'Etat.

M. Rouher, garde des sceaux, déposa, le 4 avril

1850, un projet de loi sur les privilèges et hypothèques. L'article 2170, modifiant l'article 2154 du Code civil, était ainsi conçu : « Les inscriptions n'ont pas besoin d'être renouvelées ; elles conservent tout leur effet, tant que le privilège ou l'hypothèque existe. » L'exposé des motifs expliquait ainsi cette dispense de renouvellement. « La formalité du renouvellement décennal que l'on avait exigée surtout dans l'intérêt des conservateurs, rendait, au contraire, leur tâche plus pénible, augmentait les frais sans aucun avantage et créait sans utilité de nombreuses chances d'erreur. »

Le projet du gouvernement fut renvoyé devant la commission chargée d'étudier la proposition de réforme hypothécaire déposée quelque temps auparavant par un représentant, M. Pougeard, qui réclamait également la suppression du renouvellement (art. 55).

Cette commission était présidée par le savant jurisconsulte Demante. Elle prit un moyen terme ; elle proposa dans son rapport lu à l'Assemblée législative, le 25 avril 1850, par M. de Vatimesnil, que l'effet de l'inscription eût une durée de trente ans (1). L'article 2162 du projet de la commission était ainsi conçu : « Les inscriptions conservent le privilège et l'hypothèque pendant trente ans à compter du jour de leur date. Leur effet cesse si elles n'ont pas été renouvelées avant l'expiration de ce délai. » Cet article fut adopté en première lecture le 25 juin 1850, en deuxième lecture le 20 février 1851. L'Assemblée législative commença

(1) Moniteur Universel, 1850, page 1376.

même la troisième délibération, mais à la séance du 1^{er} juin 1851, la discussion fut interrompue sur la demande d'un membre de l'Assemblée et ne fut plus reprise. Quelques mois après, les événements politiques vinrent ajourner indéfiniment une réforme qui avait été sur le point de s'accomplir.

Le Conseil d'État avait, de son côté, examiné le projet de réforme déposé par le gouvernement. Dans le rapport général présenté par M. Bethmont et adopté le 9 juillet 1850, le Conseil d'État demandait la suppression du renouvellement.

Depuis 1850, aucune tentative n'a été faite en vue de modifier l'article 2154.

Cependant, en 1865, le Corps législatif eut à s'occuper de la question du renouvellement, à l'occasion d'une difficulté particulière que fit surgir l'annexion à la France de la Savoie et du Comté de Nice.

Avant 1860, ces deux pays étaient soumis au Code Sarde dont l'article 2238 fixait à quinze ans le délai pendant lequel l'inscription conserve l'hypothèque. Les articles 2239 et 2240 consacraient en outre le principe de la publicité de l'hypothèque légale en exigeant qu'elle fût inscrite, mais ils la dispensaient en même temps de l'obligation du renouvellement et l'affranchissaient, par conséquent, de la péremption de quinze ans qui atteignait les hypothèques conventionnelles ou judiciaires. Toutefois, l'article 2238 avait été presque détruit par un manifeste de la chambre des Comptes de Sardaigne, chargée de tracer aux conservateurs la ligne de conduite qu'ils avaient à suivre pour la

délivrance de leurs états d'inscription. L'article 6 de ce manifeste, en date du 2 juin 1838, contenait la disposition suivante: « Dans l'expédition de l'état des hypothèques inscrites contre un individu seront comprises indistinctement, toutes les inscriptions prises à sa charge et non rayées, et ainsi tant les primitives que celles prises en voie de renouvellement, y compris aussi les inscriptions antérieures de quinze ans et non renouvelées. »

Nonobstant le décret du 25 août 1860 qui avait déclaré les lois civiles françaises immédiatement exécutoires dans les départements annexés, les conservateurs qui avaient à délivrer des états concernant des inscriptions prises avant 1860, devaient, dans l'intérêt des parties et pour mettre leur responsabilité à l'abri, se conformer aux prescriptions du manifeste du 2 juin 1838. Il en résultait que les états délivrés par les conservateurs dans les départements annexés étaient surchargés inutilement d'une foule d'inscriptions qui n'avaient plus aucune valeur légale. « Dans le seul arrondissement de Nice, lit-on dans l'exposé des motifs de la loi du 3 juin 1865, on voit figurer sur les registres plus de 73,000 hypothèques dont il n'est pas possible de retrouver les bénéficiaires et qui sont très probablement éteintes ou périmées. Dans le ressort de la Cour de Chambéry, sur 6,642 inscriptions appelées à des ordres ouverts au 1^{er} janvier 1864, 1882, c'est-à-dire 28 pour cent, se rapportent à des hypothèques ayant cessé d'exister. De là naissent des difficultés inextricables qui ont pour conséquence d'entraver toutes les procédures d'ordre et de

saisie immobilière, de les surcharger de notifications frustratoires et d'augmenter dans de notables proportions les frais qu'elles occasionnent au public..... » (1).

Pour parer à ces inconvénients qui avaient motivé, de la part des populations intéressées, de vives et légitimes réclamations, la loi du 3 juin 1865 décida qu'à partir du premier janvier 1866, les conservateurs des hypothèques ne comprendraient dans leurs états que les inscriptions dont la date primitive ou le renouvellement ne remonterait pas au-delà de quinze ans, à partir de la réquisition d'état, s'il s'agissait d'inscriptions prises ou renouvelées avant la date de l'annexion (Art. premier). En ce qui concerne les inscriptions prises ou renouvelées depuis cette époque, l'article 2 décida que les états ne comprendraient que celles dont la date ne remonterait pas à plus de dix ans (2).

Quant aux hypothèques légales, les inscriptions étaient périmées, si elles n'avaient pas été renouvelées, soit avant le premier janvier 1866, soit dans les quinze ans de leur date, et ensuite tous les dix ans. L'article 3 ajoute qu'à défaut de renouvellement, les droits que l'inscription avait conservés jusqu'au moment de la péremption, ne sont pas perdus, mais tombent sous l'application des règles du Code Civil. Par conséquent, l'hypothèque qui était publique sous la loi Sarde, est transformée en hypothèque occulte, conformément à la loi française.

(1) Rapport de M. Chassaing-Goyon, conseiller d'État, *Moniteur* du 9 avril 1865.

(2) *Moniteur* du 19 mai 1865.

La Cour de Chambéry a fait récemment l'application de ces principes dans un arrêt du 15 mars 1892 (1).

En terminant cet aperçu historique, constatons que l'hypothèque maritime, créée et organisée en France par la loi du 11 décembre 1874, se périmait par trois ans. Cette loi fut abrogée par celle du 10 juillet 1885 qui substitua un délai de dix ans au délai primitif, pour mettre la législation maritime en harmonie avec la législation civile.

(1) D. P. 93, 2, 275.

CHAPITRE PREMIER

Utilité du renouvellement

Le principe de la publicité au moyen de l'inscription est si bien entré dans nos mœurs qu'il ne viendrait à l'idée de personne aujourd'hui d'en contester l'utilité. Mais le législateur de 1804, qui a subordonné la validité de l'inscription à l'accomplissement de certaines formalités, n'aurait-il pas bien fait de supprimer la nécessité du renouvellement ? C'est là une question qui divise sérieusement les jurisconsultes.

Les uns réclament la suppression complète du renouvellement ; les autres, tout en demandant le maintien du renouvellement, ne sont pas d'accord sur la durée qu'il faudrait assigner à l'inscription.

De nombreux arguments peuvent être invoqués en faveur de l'une et l'autre opinion. Nous examinerons d'abord le système préconisé par les auteurs qui voudraient donner à l'inscription la même durée qu'à la créance.

La conservation d'un droit vis-à-vis des tiers doit, dit-on, être mise en rapport, autant que possible, avec la durée ordinaire de ce droit vis-à-vis du débiteur. Il est donc rationnel de donner à l'ins-

cription une durée égale à celle de l'obligation dont elle est la garantie. L'article 2154 du Code civil présente à cet égard une anomalie : il exige que l'inscription hypothécaire qui n'est que l'accessoire du titre de créance soit renouvelée tous les dix ans, tandis que le titre lui-même, qui est le principal, ne peut être prescrit que par le laps de trente années écoulées sans renouvellement. C'est là une dérogation formelle à un principe du droit qui veut que l'accessoire suive toujours le principal.

Si la nécessité de conserver le crédit du débiteur et de mettre les tiers à même d'apprécier ses ressources, a pu autoriser le législateur à assujettir le créancier à la publicité de son hypothèque, l'équité voulait que la loi se montrât économe des formalités destinées à l'assurer, dès lors que leur infraction devait entraîner la déchéance du rang hypothécaire. Cette considération n'a point exercé l'influence qu'elle eût dû avoir sur la rédaction de l'article 2154. Le renouvellement est évidemment une charge pour le créancier qui, par l'effet d'une simple négligence, souvent presque inévitable, par le retard d'un seul jour après l'expiration des dix années, ou même par suite de la faute d'un mandataire, est en danger de perdre avec son rang l'utilité de son hypothèque. Pourquoi donc frapper de stérilité le droit du créancier pour un oubli qui a dû nécessairement être involontaire, alors qu'il serait si facile de prolonger le temps de sa sécurité?

L'obligation du renouvellement offre un autre danger pour le créancier qui est exposé à commettre une omission ou une irrégularité dans la

rédaction du bordereau de renouvellement. Chacun des renouvellements exige autant de précautions que l'inscription primitive, puisque la nullité de chacun d'eux réagit sur toutes les inscriptions subséquentes, en ce qui concerne le rang de l'hypothèque. Il en résulte que les chances de nullité pour le bordereau et pour l'inscription, et partant les chances de perte de la créance se présentent à chaque renouvellement.

La formalité du renouvellement n'est pas seulement très périlleuse pour le créancier, elle est également inutile pour les tiers. L'inscription n'est, en effet, requise que pour avertir les tiers et leur faire connaître les charges hypothécaires qui grèvent les biens de la personne avec laquelle ils traitent; l'inscription primitive, quelle que soit l'époque à laquelle elle remonte, peut toujours renseigner les tiers sur ce point; le renouvellement ne leur procure, par conséquent, aucun avantage puisqu'en ce qui les concerne, il ne modifie en rien le système ordinaire de publicité.

On peut ajouter que la règle du renouvellement décennal, que l'on considère comme introduite dans l'intérêt des conservateurs et pour faciliter leurs recherches, vient, au contraire, multiplier leurs écritures et les obliger, lorsque l'hypothèque est renouvelée, à recourir à plusieurs registres pour remonter jusqu'à l'inscription primitive. C'est une erreur de croire que le renouvellement décennal dispense de recourir aux anciens registres. Il faut toujours remonter aux inscriptions primitives pour voir si elles ont été renouvelées en

temps utile. On a prétendu, il est vrai, lors de la rédaction du Code civil, qu'en conservant aux inscriptions leur valeur au-delà de dix ans, on accumulerait outre mesure les registres des conservateurs et on augmenterait considérablement les difficultés de leurs recherches. Cette crainte est absolument exagérée de nos jours, puisque dans chaque conservation des hypothèques, le répertoire, complété par une table alphabétique qui renvoie aux comptes ouverts dans les répertoires, indique sous le nom de chaque individu toutes les inscriptions prises contre lui. Dans ces conditions, il n'est pas plus difficile de trouver une inscription dans plusieurs registres que dans un seul. La durée matérielle des registres qui ne pourraient résister à un maniement perpétuel, pourrait seule exiger un renouvellement, mais assurément il n'est pas impossible de les conserver pendant une période de trente années. Un fait certain c'est que les inscriptions à longues échéances ne sauraient porter plus de confusion dans les registres que les inscriptions renouvelées d'aujourd'hui, d'autant plus que par la suppression du renouvellement le nombre des articles portés sur les registres diminuerait forcément dans une proportion très appréciable.

« On est forcé de convenir, ajoute Troplong (1), que l'article 2154 du Code Napoléon, imaginé pour faciliter les recherches sur les registres, a fait, en revanche, pulluler les procès ; les recueils d'arrêts en sont remplis..... Une durée de trente ans

(1) Des privilèges et des hypothèques. Préface, LI.

donnée à l'inscription diminuerait la source de ces déchéances et rendrait les litiges bien moins fréquents. »

Au surplus, le renouvellement occasionne des frais, non seulement par le renouvellement lui-même, mais encore par la mention que les certificats du conservateur doivent contenir de toutes les inscriptions prises successivement pour la même créance.

En résumé, le renouvellement ne présente aucun intérêt pour le débiteur et pour les tiers ; il ne diminue nullement le travail des conservateurs. Par conséquent, en réclamant le maintien de la péremption décennale, on veut, en définitive, tendre un piège au créancier sans utilité pour personne (1).

Nous n'acceptons pas cette première opinion, quelque séduisante qu'elle paraisse au premier abord. Nous allons essayer de démontrer que le renouvellement décennal présente des avantages incontestables et que sa suppression ou tout au moins sa restriction pourrait entraîner de graves inconvénients.

L'hypothèque étant l'une des charges les plus pesantes qui grèvent la propriété, il semble juste d'en affranchir le propriétaire, lorsque dix années se sont écoulées sans que le créancier ait manifesté l'intention de perpétuer son droit. En admettant même qu'il y ait des intérêts divers en jeu, l'intérêt

(1) En ce sens : Rapport de M. de Vatimesnil à l'Assemblée Législative, 25 avril 1850. — Rapport de M. Bethmont au Conseil d'Etat, 9 juillet 1850.

qui doit ici l'emporter est celui de l'affranchissement de la propriété qui souvent resterait grevée d'une hypothèque éteinte, s'il fallait recourir aux formalités onéreuses et quelquefois difficiles de la radiation de l'hypothèque. Le laps de dix ans fixé pour le renouvellement de l'inscription semble tout-à-fait en rapport avec le but que s'est proposé le législateur de 1804 : celui d'éviter les frais de radiation, en permettant aux particuliers de laisser s'éteindre par la péremption des inscriptions dont la radiation immédiate ne leur est point nécessaire. Le nombre des inscriptions qui disparaissent ainsi chaque année par la péremption, est certainement supérieur à celui des inscriptions prises en renouvellement. Il est rare, en effet, qu'une obligation hypothécaire soit contractée même pour dix ans ; le terme ordinaire de ces créances, de celles mêmes qui ont pour objet des sommes importantes, n'excède pas cinq ans ; lorsqu'il s'étend au-delà, c'est par suite de prorogations de délai accordées par les créanciers. Il y a toujours une foule d'inscriptions prises pour garantir les intérêts éventuels, lesquelles deviennent le plus souvent sans objet. On hésite dans la plupart des cas à en demander mainlevée, parce qu'il faudrait pour cela engager une instance judiciaire ; il est donc très avantageux de pouvoir recourir à une déchéance qui, sans frais, sans procès, purge les immeubles au bout d'un certain temps.

En général, les renouvellements d'inscriptions portent, ou sur des créances que des débiteurs obérés n'ont pu acquitter à l'échéance, ou sur les capitaux de rentes viagères, ou sur des sommes

légüées ou données entre vifs et dont le paiement n'est exigible qu'au décès d'un tiers ou du donateur. La prolongation de la durée des inscriptions ne serait pas d'un avantage bien considérable pour la plupart de ces sortes de créances; ce qui est hors de doute, en tout cas, c'est que l'intérêt de la grande majorité des créanciers exige le maintien de la péremption décennale.

D'un autre côté, il est certain que la négligence de quelques capitalistes leur fait parfois oublier l'obligation du renouvellement et qu'ils subissent ainsi une déchéance fatale. On peut répondre à cette objection que ce danger est commun à toutes les péremptions et qu'il existerait encore si la durée des inscriptions était prolongée au-delà du terme actuel de dix ans. D'ailleurs, faut-il, pour venir en aide à l'inaction de quelques créanciers, grever un nombre infiniment plus grand de personnes des frais d'une radiation que la proximité du terme ordinaire du renouvellement rend presque toujours inutile? Notre solution paraît nécessaire pour peu qu'on tienne compte des difficultés que présentent les radiations d'inscriptions. Celles opérées en vertu de jugements, outre les frais considérables qu'elles entraînent, nécessitent encore de nombreuses et longues formalités.

Quand le créancier est décédé, ses héritiers se trouvent tenus de justifier de leurs qualités, ils doivent produire les pièces attestant leurs droits à la créance, en même temps que l'acte authentique qui fait foi de leur consentement et celui qui prouve le décès de leur auteur.

Souvent, parmi les héritiers, il y en a qui sont incapables de donner un consentement. Il s'en trouve parfois qui habitent des localités très éloignées et qui rendent la radiation impossible, s'ils n'envoient pas une procuration notariée pour se faire représenter par un mandataire à l'acte de mainlevée.

On évite de pareilles complications en laissant l'inscription s'éteindre par le laps de dix années. Bien des acquéreurs qui n'ont pas intérêt à purger, épargnent des embarras et des frais, en laissant s'éteindre des inscriptions déjà vieilles. La suppression du renouvellement rend impossible cette façon de terminer les affaires, sans recourir à des formalités dispendieuses.

Dans la première opinion, les inscriptions ne peuvent cesser d'exister que par la radiation ; il en résulte par conséquent que la suppression du renouvellement, loin de diminuer, augmente en définitive le nombre des formalités hypothécaires ; elle accroît même la masse des frais, car les dépenses d'une radiation sont plus considérables que celles du renouvellement d'une inscription.

On objecte que cet avantage de la péremption amène une diminution dans les droits du Trésor. Nous reconnaissons que cette objection est fondée, mais une raison fiscale ne saurait prévaloir sur les motifs décisifs que l'on peut invoquer en faveur du renouvellement décennal.

La dispense du renouvellement nécessite, en outre, la conservation indéfinie des registres et rend fort difficile la recherche exacte des charges hypothécaires, quand l'inscription remonte à une

date fort éloignée. Aussi faut-il placer la simplification du travail des conservateurs et l'allégement de leur responsabilité parmi les motifs les plus puissants qui ont déterminé le législateur à établir le renouvellement décennal des inscriptions. Le renouvellement simplifie évidemment la tenue des registres et le travail du conservateur en ce sens que celui-ci n'a pas besoin d'avoir constamment sous la main une masse énorme de registres ; ceux qui contiennent les inscriptions des dix dernières années lui suffisent pour dresser les certificats demandés par les particuliers. Sans l'obligation du renouvellement ces certificats seraient surchargés d'une infinité d'anciennes inscriptions, ou qu'on aurait négligé de faire radier, ou prises contre des individus décédés depuis longtemps et qui auraient des homonymes parmi les personnes vivantes. La procédure, en matière de purge et de distribution, serait ainsi entravée par des difficultés qui pourraient en augmenter considérablement les frais.

« Calculer la durée de l'inscription sur celle de l'obligation personnelle, ajoute M. Paul Pont, ce serait aller contre la nécessité des choses, et se heurter contre des impossibilités..... Bien que la plus longue prescription doive être de trente ans, l'obligation personnelle peut durer cent ans et plus, si elle est suffisamment entretenue par des actes conservatoires. Sans cela, même la prescription de l'obligation personnelle peut ne s'accomplir que par un laps de temps supérieur à trente ans, s'il y a eu des minorités ». En sup-

primant la nécessité du renouvellement, la responsabilité du conservateur peut donc devenir absolument exagérée ; l'obligation de rechercher des inscriptions dans un passé aussi éloigné peut l'exposer à des omissions dont il devra subir les rigoureuses conséquences.

D'un autre côté, le renouvellement des inscriptions a pour effet de réparer les erreurs ou omissions que les conservateurs pourraient avoir précédemment commises dans les répertoires et registres hypothécaires. Il permet de reconstituer périodiquement les registres en mettant à couvert pour l'avenir la responsabilité des conservateurs. C'est sans doute pour ce motif que la durée de la responsabilité des conservateurs a été réglée sur celle des inscriptions et fixée à dix années à partir de la cessation de leurs fonctions.

Le renouvellement procure encore un avantage très appréciable : il permet au créancier de faire connaître dans les bordereaux de renouvellement les changements survenus dans la situation hypothécaire. Le débiteur peut être mort, la créance a pu être cédée, l'immeuble a peut-être changé de mains ; les tiers sont intéressés à connaître toutes ces modifications qui resteraient forcément ignorées avec le système de la perpétuité des inscriptions.

Le renouvellement décennal permet moins facilement au débiteur de mauvaise foi de faire revivre une créance éteinte, en colludant avec un créancier déjà payé et de frustrer ainsi les créanciers postérieurs, puisque le créancier désintéressé ne renou-

vellera pas son inscription au bout de dix ans, s'il ne lui est plus rien dû.

En résumé le renouvellement décennal est celui qui convient le mieux à notre système hypothécaire, puisqu'il permet de connaître les charges qui grèvent un immeuble. Le renouvellement décennal diminue le travail du conservateur tout en augmentant sa propre sécurité. Il offre encore un double avantage : celui de faire disparaître, sans frais et sans procès, une grande quantité d'inscriptions non radiées malgré l'extinction de l'hypothèque ; en second lieu, de mieux renseigner le prêteur sur les hypothèques des anciens propriétaires. En un mot, le régime hypothécaire et le conservateur des hypothèques, l'emprunteur et le prêteur, le créancier et le débiteur, la société elle-même sont intéressés au renouvellement décennal de l'inscription (1).

On peut ajouter que le principe contenu dans l'article 2154 est conforme à celui qui règle toutes les déchéances prononcées par la loi. En effet, après un laps de temps plus ou moins long, celui qui néglige d'exercer un droit est censé y avoir renoncé.

Enfin il est difficile de comprendre que la durée de dix années accordée à l'inscription paraisse trop courte dans une législation qui fait perdre par le même laps de temps l'action de tutelle, toutes les actions en nullité et en rescision, et même la propriété foncière à l'égard d'un tiers acquéreur.

(1) Aubry et Rau III, § 280; P. Pont, Privilèges et hypothèques, n° 1034; Laurent XXXI, n° 106; Colmet de Santerre, t. IX, n° 134 bis 1; Dalloz: Privilèges et hypothèques, n° 1630.

Signalons ici une mesure adoptée dans le canton de Genève, en vertu d'un règlement du 19 novembre 1821, qui tend à faire disparaître le danger auquel est exposé le créancier qui néglige de renouveler son inscription en temps utile. Ce règlement enjoignait aux conservateurs de prévenir les créanciers trois mois avant l'expiration des dix années, de la péremption qu'ils allaient encourir. Ce mode d'avertissement n'ayant rien d'obligatoire entretient les intéressés dans une sécurité qui peut leur devenir fatale ; il peut être fort utile dans le canton de Genève, mais dans un grand pays comme la France, où la population de certains arrondissements est très considérable, il présente plus d'inconvénients que d'avantages.

Nous croyons avoir démontré que le système qui donne à l'inscription la même durée que la créance est peut-être le plus juridique en théorie, mais que la règle du renouvellement décennal présente plus d'utilité au point de vue pratique ; il nous reste à rechercher, pour en finir avec ces préliminaires, quelles sont les dispositions que contiennent au sujet du renouvellement les principales législations européennes.

Dans les Pays-Bas, l'article 1236 du Code Civil néerlandais déclare que les hypothèques continuent à avoir effet sans renouvellement. Avant 1838, époque à laquelle ce code remplaça le code civil français, une loi du 22 décembre 1828 avait déjà supprimé le renouvellement décennal de l'article 2154. Le législateur néerlandais considéra le renouvellement comme superflu, puisque la loi

exigeait des registres qui, en plaçant l'inscription à côté de la description des biens, offrait en tout temps l'occasion de se convaincre si les biens étaient grevés ou non. L'expérience n'a pas justifié les prévisions du législateur. Depuis 1828, les mutations continuelles que subirent les propriétés immobilières furent tellement considérables que les recherches servant à constater l'état des immeubles, étaient devenues presque impossibles. Un grand nombre d'inscriptions continuaient à subsister, faute de radiations, bien que l'obligation principale fût éteinte. Le gouvernement, pour remédier à cette situation vicieuse, présenta en 1875 un projet de loi prescrivant le renouvellement décennal des inscriptions hypothécaires. La Chambre, considérant le renouvellement périodique obligatoire comme un mal, proposa au gouvernement de se contenter d'un renouvellement, *pour une seule fois*, comme mesure transitoire. Le gouvernement finit par se rallier à cette idée et présenta un nouveau projet qui devint la loi du 5 juin 1878. Cette loi soumettait les inscriptions hypothécaires, existant à la date du 1^{er} janvier 1879, à un renouvellement qui devait être fait sur la demande du créancier ou d'un tiers en son nom, dans les deux ans à compter de cette date ; à défaut de quoi leur effet devait cesser.

La Belgique, lorsqu'elle eut secoué le joug des Pays-Bas, ne tarda pas à reconnaître les inconvénients que présentait la loi du 22 décembre 1828. Dès 1838, le gouvernement déposa un projet de loi qui rétablissait le renouvellement des inscriptions. La Chambre des représentants, par la loi du 12 août

1832, abrogea la loi de 1828 et rétablit le renouvellement décennal. Le rapport fait à la Chambre des représentants par M. de Behr expose les résultats déplorables qu'avait produits la loi de 1828. « La perpétuité des inscriptions avait eu pour conséquence d'accumuler les inscriptions hypothécaires, à ce point qu'une grande partie du sol était, pour ainsi dire, mise hors du commerce; en effet, les biens grevés d'inscriptions se vendent difficilement et diminuent le crédit du propriétaire. Il est vrai que les inscriptions peuvent être rayées du moment que la dette est éteinte, le débiteur qui paie n'a qu'à se faire accorder mainlevée de l'inscription et à demander la radiation. Mais il faut tenir compte des faits; la loi exige des actes authentiques pour la radiation des inscriptions; beaucoup de personnes reculent devant les frais qui en résultent; elles ne voient que la dépense et ne songent pas aux conséquences de leur négligence » (1). Ainsi, ajoute Laurent, les inscriptions vont en se multipliant et elles se perpétuent à défaut de radiation. De là un autre inconvénient, et le plus grand de tous, c'est que la publicité menace de devenir une fiction.

La loi du 12 août 1842 n'était que provisoire. Elle fut remplacée par la loi du 16 décembre 1851 qui donne à l'inscription une durée de quinze ans. (Art. 90).

En *Italie*, l'inscription ne se périmé que par trente ans.

En *Portugal*, les hypothèques, même les hypothèques légales, doivent être renouvelées, tandis

(1) Moniteur belge, 19 mars 1842.

qu'en *Espagne* et en *Grèce*, les inscriptions ne sont pas soumises au renouvellement.

En *Suède*, une loi de 1875 a établi le renouvellement décennal. Dans ce pays l'inscription hypothécaire se demande au tribunal du ressort de l'immeuble. Celui-ci l'accorde ou la refuse, après examen du titre, et dresse acte de l'hypothèque accordée par une mention au bas de l'acte à raison duquel l'inscription a été demandée. L'acte porte donc en lui-même la preuve de l'hypothèque, il n'est pas besoin de recourir au registre ou procès-verbal pour s'assurer de la validité d'une inscription. Pour renouveler une inscription (art. 20), il faut présenter au tribunal l'acte sur lequel l'inscription a été accordée, le tribunal appose sur cet acte la mention de renouvellement.

Si le délai prescrit pour le renouvellement d'inscription doit prendre fin, dans les campagnes, avant l'ouverture de la session ordinaire (art. 21), l'inscription peut être renouvelée en session extraordinaire, à la requête de l'ayant-droit et à ses frais. L'ayant-droit est néanmoins obligé de présenter à la prochaine session ordinaire la mention de renouvellement apposée par le tribunal pour être insérée au procès-verbal d'inscriptions. Si cette formalité n'était pas accomplie, le renouvellement serait de nul effet.

En *Allemagne*, le régime hypothécaire repose sur des registres publics appelés registres fonciers (*Grundbücher*). A la différence de nos registres hypothécaires qui ne publient que certains actes relatifs à la propriété foncière, les livres fonciers prussiens publient l'état même de la propriété foncière. Chez nous, la publicité que certains actes

procurent, se concentrent autour des auteurs de ces actes. Le conservateur ouvre un compte dans ses répertoires, non à chaque immeuble comme en Allemagne, mais à chaque propriétaire. Il ne peut donc délivrer que des certificats relatifs à telle ou telle personne, et constatant, par exemple, qu'il n'y a eu du chef de cette personne ni constitution d'hypothèque, ni transcription, tandis qu'en Allemagne le juge-conservateur (*Grundbuchrichter*), délivre des certificats relatifs à tel ou tel immeuble et constatant, par exemple, que cet immeuble n'a pas été l'objet d'aucune transcription ni inscription de la part de qui que ce soit. Par conséquent, en Allemagne, la publicité qui résulte des registres hypothécaires n'est pas *personnelle* comme en France mais *réelle*. Il n'est pas question de renouvellement dans la loi allemande, l'inscription (*eintragung*) a une durée égale à celle de l'hypothèque. Aux termes de l'article 12 de la loi du 5 mai 1872 « les droits réels immobiliers n'ont d'effet contre les tiers qu'autant qu'ils sont inscrits, et ne perdent leur effet qu'autant qu'il sont radiés. »

En *Autriche*, l'article 321 du Code Civil général, et en *Hongrie*, la loi du 15 décembre 1855, ont établi l'institution des registres fonciers. D'après ces dispositions, l'acquisition d'un droit hypothécaire sur des immeubles n'est obtenue que par l'inscription régulière sur les livres publics, mais l'inscription n'est pas soumise au renouvellement.

En *Danemark* et en *Norvège*, le système des livres fonciers est également adopté, l'inscription ne s'éteint qu'avec la créance. Il en est de même dans la *Grande-Bretagne*.

CHAPITRE II

Calcul du délai de dix ans

L'article 2154 du Code Civil déclare « que les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilège pendant dix années » mais le législateur n'a pas pris soin d'ajouter comment il fallait calculer le délai décennal. La détermination exacte du délai de dix ans, à l'expiration duquel la péremption est accomplie, offre pourtant, dit M. Baudry (1), une importance capitale ; car renouvelée dans le délai, fût-ce le dernier jour, l'inscription échappe à la péremption, tandis qu'elle en subit l'effet, si elle est renouvelée après l'expiration du délai. Par exemple, une inscription a été prise le 1^{er} février 1884, quel sera le point de départ du délai de dix ans, quel sera le dernier jour utile pour le renouvellement ?

Cette double question a profondément divisé la doctrine et la jurisprudence. Elle a donné lieu à trois opinions qui ont toutes été adoptées par des jurisconsultes remarquables et par la jurisprudence.

PREMIER SYSTÈME. — Le *dies à quo*, c'est-à-dire

(1) Précis de Droit Civil, III, n° 1381.

le jour où l'inscription a été prise, et le *dies ad quem*, c'est-à-dire celui où expire le délai, doivent être compris dans le délai de dix ans.

Ainsi l'inscription prise le premier février 1884, doit être renouvelée le 30 janvier 1894.

L'article 2154 doit être entendu dans le sens rigoureux et grammatical que présentent les termes dont le législateur s'est servi. Dès lors il faut bien admettre que le jour à compter duquel court le délai de renouvellement d'une inscription hypothécaire doit être compris dans ce même délai. Aussi Merlin prétend-il que le législateur a entendu suivre le principe romain : *dies à quo computatur in termino*. Ce jurisconsulte reconnaît cependant que cette règle n'était pas universellement suivie dans l'ancien droit, mais il soutient, en s'appuyant sur les articles 62, 502, 1153, 1975, 2180, 2260 et 2279 du Code civil, que le législateur de 1804 a entendu remettre en vigueur la règle romaine.

Le *dies à quo* doit être compris dans le délai, ajoute Merlin, à moins qu'une disposition expresse ne décide le contraire, comme dans les articles 1033, C. pr. Civ. et 373 C. Inst. Crim.

En effet « on ne peut nier, dit Duranton, que l'inscription n'ait produit son effet le jour même où elle a été prise ; par conséquent, ce jour fait partie des dix années pendant lesquelles elle a une existence légale. »

Nous ne combattons que la première partie de ce système ; nous nous proposons, en effet, d'établir dans la troisième opinion que le *dies ad quem* fait partie du délai.

C'est un fait reconnu par la presque unanimité des auteurs que la règle romaine : *Dies à quo computatur in termino* était tombée en désuétude dans l'ancien droit.

« *Adverte*, nous dit Dumoulin dans la coutume de Paris (1), *quòd, quamvis jure regulariter tempus statim currat de momento ad momentum, tamen de consuetudine communiter observatur quòd dies à quo præfigitur terminus non computetur in termino.* »

Dumoulin ajoute que cette coutume était communément observée et qu'il l'avait vue toujours pratiquée au Châtelet et au Parlement de Paris.

Tiraqueau (2) cite plus de vingt auteurs qui avaient abandonné l'ancienne règle du droit civil pour suivre la maxime, dès lors consacrée par l'usage et par la jurisprudence, que *dies à quo non computetur in termino*.

Même en supposant, ajoute Tiraqueau, que l'on doive tenir pour règle que le *dies à quo est inclus dans le terme*, néanmoins il faut l'exclure tout à fait dans le cas où le législateur s'est servi des expressions : *du jour, à compter du jour, depuis le jour* qui répondent à l'*à die* des Romains.

Le Code Civil n'a certainement pas modifié une coutume si invétérée et si bien attestée par les anciens auteurs, qui la considéraient comme ayant acquis, en quelque sorte, l'autorité de la loi.

Merlin invoque à tort les art. 62, 502, 1153 qui n'indiquent nullement des points de départ pour des délais, mais indiquent seulement le commencement

(1) Des fiefs, § X, n° 2.

(2) Retraict lignager, n° 22.

d'un état de choses dont on ne peut prévoir la durée.

Quant à l'argument tiré des articles 1975, 2180, 2260 et 2279 du Code Civil, il se retourne, au contraire, contre ceux qui l'invoquent; ces articles visent, en effet, des déchéances ou de courtes prescriptions pour le calcul desquelles la jurisprudence exclut constamment le *dies à quo*.

Les conséquences qui résultent de ce système suffiraient seules pour le faire proscrire. En effet, en supposant que le jour de l'inscription dût compter dans les dix ans et que l'inscription prise le 1^{er} février 1884 dût être renouvelée le 31 janvier 1894, il faudrait que celle-ci le fût le 30 janvier 1904 et ainsi de suite; de telle sorte qu'après cinq renouvellements, il y aurait quatre jours de moins que les cinquante années. Il pourrait même arriver une époque où le délai ne correspondrait plus ni au mois ni même à l'année à partir desquels il aurait commencé à courir. Un tel résultat serait contraire à l'esprit comme au texte de la loi; de plus il tromperait à la fois les tiers que l'inscription a pour but d'avertir et le créancier dont l'inscription sauvegarde les droits.

Il faut lire les mots de l'article 2154 « *à compter du jour de leur date* », comme s'il y avait « *à compter du jour de leur date exclusivement.* » C'est l'acceptation naturelle et ordinaire de cette locution quand elle est employée par le législateur; pour l'interpréter autrement, il faudrait y lire ces mots : *y compris le jour de leur date*.

C'est cette pensée qui a inspiré les décisions de la jurisprudence et de la doctrine, et non pas cette

considération spécieuse, comme on l'a prétendu à tort, à savoir : Qu'on ne compte pas le *dies à quo* parce qu'il ne profite pas au créancier inscrit (art. 2147).

Ce premier système a été adopté le 30 juillet 1813 par la Cour de Colmar et le 2 janvier 1841 par la Cour de Toulouse ; depuis lors la jurisprudence l'a constamment rejeté.

Second système. — Ni le *dies à quo*, ni le *dies ad quem* ne doivent être compris dans le délai de dix ans.

C'est l'application de la règle : *dies termini non computantur in termino*. Par conséquent, l'inscription prise le 1^{er} février 1884 peut être renouvelée le 2 février 1894.

Ce système trouve son point d'appui dans l'article 1033 du C. pr. civ. Cet article déroge au droit commun ; il ne peut par analogie s'appliquer aux inscriptions hypothécaires. Le législateur a cru nécessaire dans cet article de s'expliquer d'une manière formelle « pour les ajournements, citations, sommations et autres actes faits à personne ou domicile », il en résulte, par conséquent, que la règle de l'art. 1033 ne peut être appliquée aux cas qui ne sont pas prévus par cet article (1).

Ce système paraît au premier abord plus séduisant parce qu'il est plus favorable au créancier ; mais il aboutit à une conséquence inadmissible. En effet, si nous supposons plusieurs renouvellements successifs, l'inscription durerait autant de fois dix ans qu'il y a eu de renouvellements, plus un

(1) Cassation, 4 avril 1881, S. 81, 1, 431 ; Cassation, 31 décembre 1883, S. 84, 1, 445.

nombre de jours égal au nombre de ces renouvellements. Ainsi l'inscription prise le 1^{er} février 1884 pourra être renouvelée le 2 février 1894, le 3 février 1904, le 4 février 1914, etc... Ce n'est assurément pas le système qu'a voulu préconiser le législateur.

Troisième système. — Le *dies ad quem* doit être compris dans le délai de dix ans et non le *dies à quo*.

Par conséquent, l'inscription prise le 1^{er} février 1884 doit être renouvelée le 1^{er} février 1894.

Dans la supputation des délais qui se comptent par jours, on doit, surtout quand il s'agit de déchéances, exclure du délai le jour qui en est le point de départ, à moins d'une disposition spéciale de la loi (C. Pr. Civ. 1033).

C'est l'application d'une règle constamment suivie en jurisprudence depuis 1825 : *Dies à quo præfigitur terminus non computatur in termino*.

Cette règle s'explique aisément, si l'on considère que le jour dans le cours duquel l'inscription a été prise ne peut constituer un jour complet. Il est évident qu'une fraction de jour ne peut entrer en ligne de compte dans la supputation des années.

Les dix années ne seraient pas complètes si le jour où l'inscription est prise devait compter. En ne comptant point ce premier jour, le créancier a un délai de dix ans qui est complet. D'un autre côté en comptant les *dies ad quem*, le renouvellement peut encore avoir lieu le dernier jour de la dixième année, puisque le délai de dix ans n'expire qu'à la fin de ce jour. Nous nous trouvons donc parfaitement d'accord avec les termes de l'article 2154.

Ce système a, du reste, rallié la majorité des auteurs et est définitivement admis en jurisprudence.

Conformément à plusieurs décisions des ministres des finances et de la justice des 22 décembre 1807, 29 juillet 1808 et 24 juillet 1810, les bureaux des conservateurs doivent être fermés, pour tout le monde, les dimanches et jours fériés ; on ne peut donc y remplir aucune formalité.

Si le *dies ad quem* est un jour de fête légale, devra-t-on augmenter d'un jour le délai de dix ans.

Grenier et Persil se prononcent pour l'affirmative. Ils fondent leur décision « sur ce qu'on ne peut pas imputer à négligence ce qui n'a pu être fait par une circonstance indépendante de celui qui devait agir. Ce serait pousser trop loin la sévérité que de prétendre que le créancier aurait dû prévoir cet inconvénient et de le rendre victime du défaut d'inscription avant l'arrivée du jour férié. On exigerait alors qu'il eût fait plus que la loi ne veut. » Nous croyons, au contraire, que si le dernier jour des dix années était un jour férié, l'inscription ne serait pas utilement renouvelée le lendemain.

Le législateur, en fixant le délai de dix ans, n'a pas ajouté que les jours fériés en seraient retranchés.

D'ailleurs, ajoute Troplong, s'il était permis de retrancher le dernier jour parce qu'il est férié, pourquoi ne pas retrancher aussi tous les autres jours du délai qui seraient fériés ?

Sans aller aussi loin que le savant jurisconsulte, constatons simplement qu'il faudrait un

texte spécial pour proroger le délai jusqu'au jour suivant. De plus l'argument que l'on tire de l'art. 25 de la loi du 22 frimaire an VII et de l'art. 161 C. Com. n'est pas concluant. Les motifs qui ont déterminé le législateur à étendre le délai en matière d'enregistrement et de protêts s'expliquent par une faveur accordée au débiteur du fisc ou par la brièveté du délai; ils ne peuvent donc pas s'appliquer à notre hypothèse. Il est plus logique d'appliquer le principe de l'art. 134 C. Com. où il est dit « Que si l'échéance d'une lettre de change est à un jour férié légal, elle est payable la veille. »

Merlin constate avec raison que les jours fériés ont été, dans tous les temps, comptés, dans la supputation des délais.

Le droit romain suivait cette règle rapportée dans la loi 3 *Code de dilationibus* l. 3 t. 11 : « *Feriæ autem sive repentinæ, sive solemnes sint, dilationum temporibus non excipiantur, sed his connumerentur.* »

Il en était de même dans l'ancien droit : « Tous les jours, porte l'art. 7 du titre 3 de l'ordonnance de 1667, seront continus et utiles pour les délais des assignations et procédures, même les dimanches, fêtes solennelles, etc.... »

Presque tous les auteurs ont adopté cette opinion suivie, d'ailleurs, par une jurisprudence constante.

Quid si le conservateur a consenti à opérer le renouvellement de l'inscription un jour férié ?

Le renouvellement sera-t-il valable ? Ou bien l'inscription ne vaudra-t-elle que comme inscription nouvelle ?

Nous croyons que l'inscription renouvelée un

jour férié au mépris du règlement ne sera pas nulle, mais qu'elle ne vaudra que comme inscription nouvelle et à la date du lendemain. Le rang des créanciers ne saurait dépendre du caprice du conservateur; on ne peut lui permettre de favoriser les uns au détriment des autres. La loi doit être égale pour tous.

Le calcul du délai de dix ans peut encore donner lieu à une autre difficulté. Une inscription est prise par exemple le 29 février 1892, année bissextile, elle devra être renouvelée en 1902, année non bissextile. Pourra-t-on renouveler l'inscription le 1^{er} mars 1902, ou bien faudra-t-il la renouveler au plus tard le 28 février 1902?

Aucun texte ne tranche la question, ni dans l'ancien droit, ni dans la législation actuelle.

Nous pensons cependant que l'inscription devra être renouvelée le 28 février 1902. Cette décision est conforme à l'usage de compter par mois que celui-ci soit de 28, 30 ou 31 jours.

En droit romain, le jour intercalaire était considéré comme ne faisant qu'un avec celui qui le précédait (*loi 3 p. 9 D, de minoribus l. 4, t. 4; loi 98 de verborum significatione l. 50. t. 16; loi 2 D, de div. temp. præsc. l. 44, t. 3*). Cette solution nous semble devoir être adoptée; quant au second renouvellement, nous croyons qu'il pourra avoir lieu le 29 février 1912, année bissextile.

A l'inverse, l'inscription prise le 28 février 1890, année non bissextile, pourra-t-elle être renouvelée utilement le 29 février 1900?

Ici encore nous suivrons la règle du droit romain

et nous nous prononcerons pour la négative. *Posterior dies intercalatur, non prior* (loi 90 D, l. 50, t. 16). Le 29 février se confond avec le 28, mais le 28 février ne se confond pas avec le 29.

Sous le calendrier républicain la même question pouvait se poser au sujet du sixième jour complémentaire qui était ajouté dans les années bissextiles aux cinq jours complémentaires, intercalés entre le 30 fructidor et le 1^{er} vendémiaire pour finir l'année que les douze mois de trente jours laissent incomplète. L'article 2261 de la première édition du Code civil contenait cette disposition qui peut, au besoin, servir d'argument d'analogie à l'appui de notre système : « Dans les prescriptions qui s'accomplissent par mois, celui de fructidor comprend les jours complémentaires. » C'était l'application de la règle du droit romain : *Posterior dies intercalatur*. Le jour complémentaire se confond avec le jour précédent.

Le renouvellement anticipé, c'est-à-dire fait avant l'expiration des dix ans, conserve-t-il l'inscription pour une nouvelle période de dix ans à partir de l'expiration de la première, ou bien ne la conserve-t-il que pour dix ans à partir de sa date ? Cette question n'a été examinée par aucun auteur ; et il semble étonnant qu'elle ait pu être soulevée devant les tribunaux (1).

Il est hors de doute que chaque délai de dix ans doit être considéré isolément. Le créancier, en renouvelant l'inscription avant l'expiration des dix ans, a, par le fait même, renoncé à profiter du

(1) Bourges, 30 avril 1853. D. P. 54, 2, 52.

temps qui restait à courir. D'ailleurs le législateur a voulu que le conservateur n'eut jamais de recherches à faire au-delà des dix années.

L'article 2154, qui fait encourir une déchéance au créancier qui n'a pas renouvelé son inscription en temps utile, doit être interprété rigoureusement. Le principe ne souffre-t-il pas d'exception en cas de force majeure ?

D'après la jurisprudence, la règle du droit romain : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio*, doit encore recevoir son application dans notre droit, lorsque certains faits de force majeure, tels qu'une inondation, une guerre, un fléau, empêchent le créancier d'agir. Si donc à raison d'obstacles de ce genre les communications entre le bureau de la situation des biens et le domicile du créancier sont interceptées, les tribunaux auront le droit d'apprécier les causes qui ont empêché le créancier d'agir, ils pourront relever ce dernier de la déchéance que lui aurait fait encourir le défaut de renouvellement de son inscription dans les dix ans.

Toutefois la jurisprudence exige que l'obstacle de force majeure soit invincible (1).

La majorité des auteurs repoussent cette opinion. Un obstacle, un cas de force majeure, ne peuvent plus, d'après les principes de nos codes, entraîner la suspension d'un délai. Il faut bien reconnaître qu'il n'y avait pas d'autre moyen de fermer les portes à l'arbitraire et de faire cesser les discussions qui s'étaient élevées autrefois sur ces questions.

(1) Dalloz, Priv. et hypoth. N° 1656.

« Le législateur a pu se dire, écrit Marcadé (2), que si de très longues guerres ou autres circonstances le demandaient, il y aurait toujours lieu de rendre une loi spéciale et transitoire pour les besoins du moment, et que ce n'était pas au Code civil, à la législation générale, de se préoccuper de pareils cas. »

La règle : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio* ne peut pas recevoir d'application en l'absence d'un texte. Il faut appliquer par analogie le principe contenu dans l'article 2251 ; il n'y a pas d'autres causes de suspension que celles établies par la loi. Cette solution est confirmée, comme le faisait prévoir Marcadé, par les décrets du 9 septembre et du 3 octobre 1870, et par la loi du 26 mai 1871 que nous allons examiner et qui ont suspendu les prescriptions et péremptions en matière civile pendant toute la durée de la guerre Franco-Allemande. Ces dispositions législatives seraient, en effet, d'une inutilité manifeste, si les cas de force majeure pouvaient relever le créancier de la déchéance encourue par suite de l'inobservation d'un délai rigoureusement établi par la loi.

Le décret du Gouvernement de la Défense Nationale, *du 9 Septembre 1870*, relatif aux péremptions en matière civile, est ainsi conçu :

Article premier. — Toutes péremptions en matière civile sont suspendues pendant la durée de la guerre :

1° Au profit de ceux qui résident dans un département investi ou occupé par l'ennemi, alors

(2) Commentaire de l'art. 2251 C. Civ.

même que l'occupation ne s'étendrait pas à tout le département.

2° Au profit de ceux dont l'action doit être exercée dans ce même département contre les personnes qui y résident.

Article second. — A dater de la cessation de l'occupation, un nouveau délai égal au délai ordinaire courra au profit des personnes qui se trouveront dans le cas de l'article précédent.

Le décret du 3 octobre 1870 porte :

Considérant que la prolongation de l'état de guerre rend nécessaire l'extension des dispositions du décret du 9 septembre 1870 relatif aux prescriptions et péremptions en matière civile ;

Considérant, en outre, que des doutes se sont élevés sur la portée de ces dispositions et qu'il importe, en conséquence, d'interpréter et de compléter ledit décret,

Décète :

Article premier. — La suspension des prescriptions et péremptions en matière civile pendant la durée de la guerre s'applique aux inscriptions hypothécaires, à leur renouvellement, et généralement à tous les actes qui, d'après la loi, doivent être accomplis dans un délai déterminé.

Art. 2. — La prorogation de délai, dont il est parlé en l'article 2 du même décret, ne s'applique qu'aux différents actes de recours devant les tribunaux judiciaires ou administratifs. Quant aux autres actes, il est accordé, à dater de la cessation de la guerre, un délai égal à celui qui restait à courir au moment où elle a été déclarée.

Art. 3. — Le présent décret est étendu à tous les départements de la France. Il s'applique aussi à l'Algérie et aux colonies, mais seulement pour les actes qui doivent être faits en France et réciproquement.

Les décrets des 9 septembre et 3 octobre 1870 ne réunissent point les conditions de précision et de clarté que l'on est en droit, en général, d'attendre d'une œuvre législative. Ces qualités, il est vrai, il serait difficile de les exiger de mesures exceptionnelles, prises d'urgence, au milieu de préoccupations et de soucis qui ne laissent ni le temps à la réflexion ni le calme à l'esprit.

Les difficultés que peut présenter l'interprétation de ces dispositions peuvent être ramenées aux deux questions suivantes :

1° A partir de quel moment les délais ont-ils commencé à être suspendus ?

2° A partir de quel jour les délais ont-ils recommencé à courir ?

Nous les examinerons successivement.

I. — En ce qui concerne la détermination du point de départ de la suspension, deux systèmes se trouvent en présence.

Le premier de ces systèmes qui rallie autour de lui un certain nombre d'auteurs, a été exposé pour la première fois par M. Emile Leroux au nom de la commission chargée de présenter le rapport sur le projet de la loi du 26 mai 1871 (1).

Le décret du 9 septembre n'ayant pas déterminé avec précision le point de départ de la suspension,

(1) *Journal Officiel* du 5 juin 1871.

la commission a pensé, dit M. Leroux, que les auteurs de ce décret, « en indiquant l'occupation et l'investissement comme condition de la suspension, et en disant que cette suspension aurait lieu pendant la durée de la guerre, ont voulu fixer son commencement à la date de l'investissement et de l'occupation, et la fin à la cessation de la guerre. »

Arrivant ensuite à commenter le décret du 3 octobre, le rapport dit que ce décret a eu pour but : 1° d'interpréter le premier décret, 2° de le compléter. Les dispositions interprétatives sont contenues dans les articles 1 et 2. En généralisant les matières auxquelles doit s'appliquer la suspension, elles font cesser la confusion qui existait auparavant. Quant aux dispositions qui ont eu pour but de compléter le décret du 9 septembre, elles seraient contenues dans l'article 3 qui étend ce décret à tous les départements de la France, à l'Algérie et aux colonies.

Le rapport en conclut que pour les dispositions interprétatives le décret du 3 octobre se confond avec celui du 9 septembre et devient obligatoire dans les mêmes conditions que celui-ci, et que pour les autres dispositions il n'est obligatoire qu'à partir du jour de sa promulgation. Or, il a bien été inséré dans l'*Officiel* de Paris le 4 octobre 1870, mais par suite de l'investissement de la capitale, il ne pouvait, d'après la législation alors en vigueur, être exécutoire qu'après son insertion dans le *Moniteur Universel*, et cette insertion n'a eu lieu que le 10 janvier 1871.

Ce système a été adopté par quelques Cours d'appel (1).

D'après le second système, l'effet de la suspension remonterait non seulement à compter de la promulgation des décrets dans chaque département, mais bien au 19 juillet 1870, jour de la déclaration de la guerre, et cela uniformément pour toute la France, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les départements envahis par l'ennemi et ceux non envahis.

Ce système a été consacré par divers arrêts (2).

Ces arrêts décident que cet effet rétroactif ressort clairement de la combinaison des deux décrets et de leur esprit; qu'en effet, « le texte même de l'art. 2 du décret du 3 octobre 1870, en accordant pour certains actes, au-delà de la cessation de la guerre, une prorogation de délai égale à celui qui restait à courir *au moment où elle a été déclarée*, démontre que l'effet de la suspension remonte à l'ouverture des hostilités et embrasse la période entière de leur durée. »

Il y a, on le voit, un écart considérable entre les jours respectivement indiqués par les deux systèmes comme devant servir de point de départ de la suspension, et si la première solution devait prévaloir, il faudrait reconnaître que le décret du 3 octobre est resté, dans ses dispositions essentielles, à l'état de lettre morte dans la plus grande

(1) Chambéry, 28 juillet 1871; Caen, 24 juillet 1873; Paris, 24 novembre 1873; Paris, 20 janvier 1874; S. 74, 2, 164.

(2) Cassation, 26 juin 1872, S. 72, 1, 282; Cassation 17 décembre 1872, D. P. 73, 1, 227; Grenoble, 28 novembre 1873, Cassation, 28 avril 1874; D. P. 74, 1, 237.

partie de la France par suite de sa promulgation tardive dans les départements.

Mais la distinction qu'a cru devoir faire la commission de l'Assemblée Nationale, entre les dispositions interprétatives et les dispositions extensives de ce décret, nous paraît plus ingénieuse que juridique. Elle n'est point indiquée dans le texte du décret dont il s'agit, et rien ne nous prouve qu'elle ait existé dans l'esprit de ses auteurs.

Sans doute il eût mieux valu déclarer dans le décret du 3 octobre, que le législateur du 9 septembre avait fait fausse route, et reconnaître sans hésitation la nécessité de remédier à ce que ces dispositions contenaient de défectueux. Il n'en est pas moins vrai que l'innovation ressort clairement des termes de l'article 2 du second décret.

Quant au rapport qui a précédé la loi du 26 mai 1871, il ne saurait avoir d'autre autorité que celle d'une interprétation ou d'une appréciation privée, d'autant plus qu'en formulant ainsi son opinion, la commission a eu soin de déclarer qu'elle n'entendait point trancher les contestations, et que, s'il devait se présenter des difficultés, ce serait aux tribunaux de les résoudre.

On pourrait d'ailleurs opposer victorieusement aux termes de ce rapport ceux de la loi du 26 mai 1871 qui l'a suivi, et notamment ces mots : *pendant la durée de la guerre* qui fixent de nouveau, ainsi que le font observer la plupart des arrêts cités, le sens clairement rétroactif du décret du 3 octobre.

On adresse, en outre, à notre système un reproche qui, de prime abord, paraît être de quelque gravité,

et l'on nous objecte qu'une pareille solution, en ne tenant pas un compte suffisant de la règle de la non-rétroactivité des lois, serait de nature à léser des droits légitimement acquis. La réponse y est facile. En effet, le législateur a pour mission de veiller à tous les intérêts. Si des événements exceptionnels amènent subitement de graves conflits d'intérêts, si ces conflits s'étendent à tout le pays et qu'ils ne peuvent être réglés par la loi antérieure, parce qu'elle ne pouvait prévoir ces événements, le pouvoir législatif peut et doit intervenir.

Toute loi pouvant être abrogée soit expressément, soit virtuellement par une loi nouvelle, la règle inscrite dans l'article 2 du Code Civil, est, comme toute autre disposition légale, susceptible d'une pareille abrogation.

En ce qui concerne les *droits acquis*, il ne faut pas donner à ce mot une acception beaucoup plus étendue que celle qu'il comporte réellement.

Il est évident qu'une péremption accomplie pendant une époque de paralysie universelle, d'impossibilité d'agir reconnue partout, ne peut constituer un droit acquis au profit du débiteur.

II. — Nous savons à quel moment précis a commencé la suspension des délais ; il nous reste à déterminer quand elle a cessé.

D'après les articles 1 et 2 du décret du 3 octobre 1870, la suspension du cours des délais doit cesser du jour où la guerre se termine.

Mais à l'époque de la cessation de la guerre, l'occupation ennemie devait durer encore dans certains départements. L'Assemblée Nationale, pour

parer aux difficultés qui n'auraient pas manqué de surgir, fit la loi du 26 juin 1871.

Il résulte des dispositions de cette loi que les péremptions d'inscriptions recommenceront à courir le onzième jour après celui de sa promulgation et que, à dater de cette même époque, il est accordé un délai égal à celui qui restait à courir au jour de la déclaration de la guerre.

« Ces dispositions ne seront applicables au département de la Seine que le onzième jour après qu'un avis du ministre de la justice, inséré au *Journal Officiel*, aura annoncé le rétablissement du cours de la justice dans ce département ».

L'avis du ministre de la justice a été inséré le 7 juin 1891 à l'*Officiel*.

Le texte fait encore exception :

1° « Pour les personnes habitant le département de la Seine qui auraient à prendre des inscriptions dans d'autres départements de la France, l'Algérie ou les colonies.

2° Pour celles qui, habitant en dehors du département de la Seine, auraient à remplir les mêmes formalités dans ce département.

Le délai de dix jours, dans ces deux cas, sera augmenté de celui des distances, ainsi qu'il est déterminé par l'article premier du Code Civil pour la promulgation des lois. »

On peut se demander si c'est après onze jours francs que les délais ont recommencé à courir, ou dès le onzième jour même qui a suivi, soit celui de la promulgation de la loi, soit l'avertissement officiel du rétablissement du cours de la justice. La

Cour de Paris, dans un arrêt du 7 juillet 1871, a adopté la première solution. Nous préférons le système admis par le tribunal de la Seine le 17 juillet 1871. Nous croyons que le législateur, en disposant que les délais recommenceraient à courir le *onzième jour*, n'a voulu accorder qu'un délai de dix jours francs.

La loi du 26 mai 1871 a manifestement dérogé à l'ancienne règle de droit : *Dies termini non computatur in termino*. On ne saurait supposer que le législateur ait adopté la période inusitée de onze jours pour point de départ du nouveau cours des prescriptions et péremptions. Enfin, il est d'autant plus naturel de croire qu'il a entendu fixer ici un délai de dix jours francs, que c'est ce même délai qu'il a établi dans d'autres dispositions analogues, celles des art. 3 de la loi du 10 mars 1871, relative à l'échéance des effets de commerce, et 1 et 2 de la loi du 26 avril suivant sur la même matière.

Une grave difficulté s'est posée au sujet de l'application des décrets de la Défense Nationale relativement à la suspension des délais de péremption pendant la guerre. Les délais ont-ils été suspendus d'une manière générale, sans qu'il y eut à distinguer entre ceux dont le terme était arrivé à son échéance avant le jour fixé par la loi du 26 mai 1871 et ceux dont le terme ne devait expirer que postérieurement?

D'après la jurisprudence (1) il n'y a pas lieu de

(1) Angoulême, 2 mars, 1874; Cass. 17 août 1874; Lyon, 30 décembre 1874; Cass. 20 avril 1875, D. P. 75, 1, 209; Toulouse, 15 mai 1875, D. P. 76, 2, 155; Quimper, 10 janvier 1876; Cass. 15 mars 1876, D. P. 78, 1, 64.

distinguer entre les délais échus pendant la guerre et ceux échus postérieurement.

Nous n'acceptons pas cette opinion. Nous pensons, au contraire, que, malgré leurs termes généraux, les décrets de septembre et d'octobre 1870 n'ont pu, n'ont dû s'occuper que des péremptions dont l'échéance arrivait au cours de la guerre.

Il est de principe qu'on ne peut étendre par analogie les dispositions d'une loi qui déroge au droit commun ; les décrets de 1870 et les mesures exceptionnelles qu'ils ont prescrites, doivent donc être rigoureusement restreints dans les limites que le législateur leur a assignées, et ne sauraient régir une autre situation que celle à laquelle ils avaient pour objet de pourvoir.

Or, quel était leur but ? D'empêcher l'accomplissement des *péremptions* qui seraient arrivées à terme pendant la guerre. Par suite, ceux-là seulement sont appelés à bénéficier de la prorogation de délai concédée par la loi, dont les droits étaient exposés à périr durant la période de temps qui s'est écoulée du 19 juillet 1870 au 11 juin 1871.

Pourquoi voudrait-on suspendre les délais pour toutes les péremptions ? Quelle pouvait être l'utilité d'une pareille mesure et comment la justifier, même au seul point de vue de la raison ? La mesure s'expliquait quand il s'agissait de venir au secours de créanciers qui voyaient se dresser devant eux une péremption que la guerre, l'invasion ennemie, l'absence complète de communications rendaient inévitable.

Mais quelle raison y avait-il pour accorder le

bénéfice d'une prorogation de délai à ceux dont les droits ne devaient recevoir des événements aucune atteinte et que le droit commun protégeait suffisamment ?

Du reste la guerre était terminée dès longtemps avant la loi du 26 mai 1871. Les préliminaires de paix avaient été signés à Versailles le 26 février 1871 et ratifiées par l'Assemblée Nationale le 2 mars suivant. Chacun avait donc pu, à partir de cette époque, faire les diligences nécessaires pour la conservation de ses droits. En outre, la loi du 26 mai, dans un esprit d'équité, avait eu soin d'étendre encore la faveur de la suspension aux péremptions qui auraient pu arriver immédiatement après l'époque de crise. Pleine satisfaction avait donc été donnée aux personnes véritablement soucieuses de leurs intérêts, et c'est le cas de répondre aux autres : *Vigilantibus jura subveniunt non dormientibus.*

Pour ne citer qu'un seul exemple :

Ne serait-il pas étrange de décider qu'une inscription prise le 18 juillet 1870, par exemple, ayant encore le 19 juillet (jour de la déclaration de la guerre) dix ans moins un jour à courir, jouira d'un nouveau délai de dix ans moins un jour à partir du 11 juin 1871 ?

On objecte, il est vrai, que les termes des décrets et de la loi du 26 mai 1871, sont généraux, et ne souffrent pas d'exception.

Mais, pouvons-nous répondre, c'est étendre la portée des décrets et de la loi que de les appliquer à des actes qui ne devaient pas être atteints par la

péremption, que le législateur, par suite, n'avait pas et ne pouvait pas avoir pour objectif, sous peine d'établir une disposition de loi dépourvue d'utilité.

Et ce qui prouve l'exactitude de notre interprétation, c'est le texte même de l'article 3, § 2 de la loi du 26 mai 1871 qui est ainsi conçu : « A partir de la même époque, commencera à courir un *délai égal à celui qui restait à courir au jour de la suspension*, pour tous les autres actes, etc..... »

Ces termes : un délai égal à *celui restant à courir*, n'indiquent-ils pas, sans doute possible, qu'il s'agit d'actes pour lesquels les délais pouvaient expirer pendant la suspension ?

Ce système a été admis par un jugement du tribunal de Béziers du 14 avril 1874 et un jugement du tribunal de Marseille du 27 décembre 1873. Il est conforme à l'esprit comme au texte des décrets. Il est aussi plus logique et plus équitable que le système contraire qui troublerait profondément et pour ainsi dire indéfiniment les affaires, surtout en ce qui concerne les prescriptions à long terme prévues par les art. 2262 à 2265 C. civ.

Le conservateur des hypothèques, qui a omis de comprendre dans un état une inscription remontant à plus de dix ans, mais non périmée par suite des décrets des 9 septembre et 3 octobre 1870, est-il tenu de réparer le préjudice qu'il a causé par sa faute ? La Cour d'Angers (1) s'est prononcée pour l'affirmative. Elle a décidé notamment que le conservateur doit être condamné à payer la totalité

(1) Angers, 27 mars 1878 ; D. P. 78, 2, 164.

de la somme que le créancier aurait touchée dans l'ordre, s'il eût été mis à même d'y prendre part.

La solution serait identique, alors même que le conservateur aurait indiqué que l'état par lui délivré comprenait seulement les inscriptions prises depuis dix ans.

Pendant les années qui suivirent le rétablissement de la paix, les parties intéressées avaient pu prendre toutes les mesures nécessaires pour la conservation de leurs droits; dès lors, le régime exceptionnel créé par les décrets de 1870, non-seulement n'avait plus de raison d'être, mais il devenait même une source d'embarras pour les conservateurs des hypothèques.

« Les parties qui réclament la délivrance (1), par le conservateur des hypothèques, des inscriptions subsistantes, ne peuvent plus se borner, suivant l'usage antérieur, à demander l'état des inscriptions prises depuis dix ans, puisque ce délai peut être augmenté par l'effet des décrets de 1870. D'autre part, les conservateurs des hypothèques soutiennent, dans l'intérêt de leur responsabilité, qu'il ne suffit pas de requérir la délivrance des inscriptions non périmées, attendu qu'il ne leur appartient pas de se faire juges des causes de déchéance. Ils prétendent, non sans raison, que les parties doivent expliquer catégoriquement la portée de leur demande, et qu'ils sont à l'abri de tout recours quand le défaut de mention d'une ou de

(1) Exposé des motifs du projet de loi déposé par le gouvernement.

plusieurs inscriptions provient de désignations insuffisantes ne pouvant leur être imputées. »

L'incertitude résultant d'une jurisprudence encore mal assise, mettait les conservateurs des hypothèques dans une situation fort difficile.

Quand ils interprétaient les décrets de 1870 dans un sens restrictif, ils étaient actionnés devant la justice par les parties qui avaient intérêt au maintien des inscriptions, objet de la contestation. Quand, au contraire, ils interprétaient les décrets dans un sens général, ils étaient actionnés par les parties qui avaient intérêt à voir disparaître les inscriptions en litige.

Un tel état de choses ne pouvait se prolonger sans inconvénients, d'autant plus qu'indépendamment des contestations qui en résultaient, les chances d'erreur augmentaient considérablement.

Dans le but de mettre fin à ces difficultés, M. Pilet des Jardins, député, avait présenté à la Chambre une proposition de loi ainsi conçue :

Article unique. — Le délai légal des prescriptions et péremptions en matière civile qui ont fait l'objet des décrets des 9 septembre et 3 octobre 1870, ainsi que de la loi du 26 mai 1871, ne sera plus augmenté du temps de suspension prévu par les décrets ci-dessus visés. La présente loi ne sera pas applicable aux prescriptions et péremptions qui arriveraient à échéance dans l'année de sa promulgation.

Cette proposition fut prise en considération, mais la dissolution de la Chambre des députés vint en empêcher la discussion.

En décembre 1878 (1) la Chambre fut saisie d'une pétition adressée par un particulier qui se plaignait de la procédure suivie par les conservateurs des hypothèques. Il proposait, pour ne pas compromettre les droits des créanciers qui auraient pu, par suite de la jurisprudence adoptée par la Cour de Cassation, ne pas faire renouveler leurs inscriptions dans les dix ans, de leur accorder un délai d'un mois à partir de la promulgation de la loi qu'il sollicitait.

Enfin, le 18 mars 1879, le gouvernement déposa un projet de loi qui n'était que la reproduction de la proposition de M. Pilet des Jardins.

Le rapport en fut fait par M. Demôle au Sénat (2) et par M. Berlet à la Chambre des députés (3), Le projet fut voté et devint la loi du 20 décembre 1879.

(1) « Journal Officiel » du 14 décembre 1878.

(2) « Journal Officiel » du 16 juin 1879.

(3) « Journal Officiel » du 10 août 1879.

CHAPITRE III

Quelles inscriptions doivent être renouvelées

« L'article 2154, dit l'avis du Conseil d'État du 22 janvier 1808, en établissant la nécessité du renouvellement de l'inscription dans les dix ans, ne fait aucune exception. »

La généralité des termes de l'art. 2154 et les motifs qui ont fait établir cette disposition indiquent évidemment qu'elle s'applique à toutes les inscriptions indistinctement, soit qu'elles concernent des hypothèques conventionnelles ou judiciaires, soit qu'elles se rapportent à des privilèges ou à des hypothèques légales. De plus, il importe peu que ces inscriptions aient été requises par les créanciers ou en leur nom, ou qu'elles aient été effectuées d'office par le conservateur des hypothèques. Le législateur de 1804 n'a fait, il est vrai, que reproduire textuellement le principe formulé dans l'art. 23 de la loi de Brumaire, mais il a pris soin d'écarter les deux exceptions admises par le législateur de l'an VII.

La première de ces exceptions existait en faveur des inscriptions prises sur les comptes et leurs cautions, « lesquelles, dit l'article 23, auront leur

effet jusqu'à l'apurement définitif des comptes et six mois au-delà. » La deuxième existait « en faveur des inscriptions sur les biens des époux, pour leurs droits et leurs conventions, lesquelles, disait le même article, dureront pendant tout le temps du mariage et une année après. »

« Si ces exceptions ne sont pas retracées dans le Code Civil, dit l'avis du Conseil d'Etat de 1808, ce n'est point par oubli, mais avec réflexion et par une suite des principes qui sont la base des nouvelles dispositions concernant les hypothèques. »

L'application de la règle du renouvellement décennal au privilège du vendeur a soulevé dans la doctrine et la jurisprudence une grosse controverse.

Quelques auteurs (1) soutiennent que l'inscription d'office prise par le conservateur aux termes de l'article 2108 C. Civ. ne doit pas être renouvelée pour conserver son effet au regard des créanciers inscrits postérieurement.

Dans la pensée de la loi, disent-ils, le vendeur conserve son privilège par la transcription du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur, et qui constate que la totalité ou partie du prix lui est due; cette transcription suffit à elle seule: telle est la disposition fondamentale de l'article 2108.

L'article ajoute, il est vrai, que néanmoins le conservateur des hypothèques est tenu, sous peine de tous dommages-intérêts envers les tiers, de *faire d'office l'inscription* sur son registre, de la

(1) Pont I, n° 274 ; Colmet de Santerre, IX, n° 134 bis ; Mourion : Transcription, II, n°s 694 et 695 ; Flandin : Transcription, II, n°s 1104 à 1106 ; Rivière et Huguët : Questions sur la transcription, n° 367 ; Journal du Palais, 1859, p. 969 et suiv.

créance résultant, en faveur du vendeur, de l'acte translatif de propriété. Mais il semble évident, surtout pour qui veut se reporter aux travaux préparatoires, que cette dernière formalité, absolument étrangère au vendeur, ne peut ni lui nuire ni lui profiter.

La pensée première des rédacteurs du code avait été de reproduire purement et simplement l'article 29 de la loi du 11 brumaire an VII, et de lier la conservation du privilège du vendeur à l'inscription d'office aussi bien qu'à la transcription. L'art. 17 du projet disait, en effet, que « le vendeur privilégié » conserverait son privilège *par la transcription* » du titre qui avait transféré la propriété à l'acquéreur, et qui constaterait que la totalité ou partie » du prix lui était due, *à l'effet de quoi* le conservateur ferait d'office l'inscription sur son registre » des créances non encore inscrites qui résulteraient » de ce titre.....»

Or, ce système a été rejeté par les rédacteurs du Code. Il leur a paru injuste de faire dépendre le sort de la créance de la régularité que mettrait le conservateur à remplir la formalité dont on lui confiait l'accomplissement. De là la modification qui fut introduite dans le texte.

« Le consul Cambacérès, disent les procès-verbaux du Conseil d'Etat, trouve les dispositions » de l'art. 17 fort sages. Il voudrait cependant *que* » *l'effet ne dépendît pas de l'exactitude du conser-* » *vateur.* Il est utile de faire inscrire la créance du » vendeur, afin que chacun sache que l'immeuble » est grevé, et qu'il n'y ait pas de surprise : quand

» la transcription atteste que le prix n'a pas été
» payé en entier, le public est suffisamment averti ;
» ni les acquéreurs, ni les prêteurs ne peuvent
» plus être trompés. Toute inscription particulière
» devient donc inutile et il n'y a pas de motif d'en
» faire une condition qui expose la créance du
» vendeur si le conservateur est négligent..... »

M. Treilhard proposa de déclarer que *la transcription vaudrait inscription* pour la partie du prix qui n'aurait pas été payée.

M. Jollivet demanda que néanmoins, *afin que le registre des inscriptions fût complet*, la loi obligeât le conservateur d'y porter la créance du vendeur, *sans cependant que l'omission de cette formalité nuisît à la conservation du privilège*. L'article fut adopté avec ces amendements (1).

En examinant l'art. 2108, on remarque que les amendements s'y reflètent dans chacune de ses parties.

La première partie, celle qui a pour objet la formalité de la transcription, exprime l'idée de M. Treilhard, à savoir que *la transcription vaut inscription*.

La seconde partie, celle qui est relative à la formalité de l'inscription, exprime ensuite que *néanmoins* le conservateur des hypothèques sera tenu, à peine de tous dommages et intérêts *envers les tiers*, de faire d'office l'inscription sur son registre, des créances résultant de l'acte translatif de propriété. Ces mots sont écrits, disent les partisans de ce système, dans le but de maintenir complets les

(1) Locré, tome XVI, p. 247, 248; Fêvet, t. XV, p. 358.

registres des inscriptions ; ils prouvent également que l'omission de la formalité ne peut, en aucun cas, préjudicier au vendeur puisque la sanction de la loi est établie, non pas en faveur du vendeur, mais en faveur des tiers.

Donc, concluent ces auteurs, l'idée de lier le privilège du vendeur à l'inscription d'office est absolument contraire à la vérité juridique. Et, dès lors, il est inexact de dire que le renouvellement de cette inscription est exigée *à peine de déchéance*. En effet, si le privilège existe par la seule force de la transcription, si l'inscription n'est aucunement nécessaire à sa formation, comment le défaut de renouvellement en peut-il entraîner l'extinction ? (1)

Nous n'acceptons pas ce système; nous croyons, au contraire, que le vendeur doit renouveler l'inscription d'office (2).

L'article 2154 exprime d'une manière générale que les inscriptions ne conservent les privilèges et les hypothèques que pendant dix années à compter du jour de leur date, et que leur effet cesse si elles n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai. Or, il est bien certain que le privilège du vendeur, bien qu'il se manifeste et naisse par la transcription, est sujet, en outre, à l'inscription qui doit être faite d'office par le conservateur. Cette

(1) Cassation, 12 juin 1855, S. 55, 1, 65 ; Paris, 30 novembre 1860, D. P. 61 2. 75; Cassation, 2 décembre 1863, D. P. 64, 1, 105 ; Poitiers, 18 juillet 1804, D. P. 64, 2, 201 ; Cassation, 14 février 1865, J. Pal. 65, p. 431; Cassation, 7 mars 1865, D. P. 65, 1, 121; Cassation, 6 mai 1868 D. P., 68, 1, 316.

(2) Aubry et Rau, III § 280 p. 273; Troplong, Priv. et hyp., n° 286 bis et ter ; Laurent XXXI, n° 114; Duranton, XIX, n° 373.

inscription, en présence de la disposition générale de l'art 2154, ne peut donc échapper à la loi du renouvellement.

Cette solution est corroborée par un avis du conseil d'État, en date du 22 janvier 1808, qui décide formellement que l'inscription prise d'office par le conservateur, en vertu de l'article 2108, doit être renouvelée. Cet avis du conseil d'État, érigé en décret par l'approbation du chef du gouvernement, ne fut pas annulé par le Sénat pour cause d'inconstitutionnalité, il a donc une autorité égale à celle de la loi.

L'article 2108 exprime que la transcription faite par l'acquéreur *vaudra inscription* pour le vendeur. Or, la transcription ne vaudrait-elle pas davantage si la conservation du privilège du vendeur n'était pas subordonnée à la règle du renouvellement décennal ?

En outre, comme le font très bien remarquer Aubry et Rau, la disposition de l'article 2108 qui déclare le conservateur responsable de l'omission de l'inscription d'office, indique nettement que dans la pensée du législateur, le privilège du vendeur ne reçoit sa publicité que par son insertion au registre des inscriptions. Les tiers qui sont intéressés à savoir si un immeuble est ou non grevé d'un pareil privilège, n'ont donc qu'à consulter ce dernier registre et nullement, comme on le prétend, celui des transcriptions. Du reste, dans le système contraire, les tiers induits en erreur par le défaut de renouvellement de l'inscription d'office, seraient non seulement primés par le vendeur, mais encore

privés de tout recours contre le conservateur. Un tel résultat est évidemment en contradiction manifeste avec l'esprit de la loi.

On conçoit très bien que le législateur ait voulu décharger le conservateur, après dix ans, de l'obligation qui lui avait été imposée par l'article 2108. C'est dans ce but qu'il remet le soin de veiller au renouvellement de l'inscription à celui qui, seul, en peut sentir l'intérêt et l'utilité, c'est-à-dire au vendeur lui-même ou ses ayants-droit. Après dix ans, ceux-ci savent mieux que personne, s'il subsiste encore ou non un privilège dont on doit continuer d'annoncer l'existence au public.

Si l'opinion contraire devait prévaloir, n'y aurait-il pas lieu de s'étonner de ce que l'inscription d'office soit obligatoire pour le conservateur lorsque le renouvellement est inutile au regard des créanciers et des tiers ?

Ce système paraît définitivement adopté par la jurisprudence (1).

L'inscription que le conservateur des hypothèques est tenu de prendre, lors de son entrée en fonctions, sur les immeubles affectés à son cautionnement pour faits de charge, est-elle sujette au renouvellement décennal ? (2).

L'article 3 de la loi du 21 ventôse an VII la dispensait de renouvellement.

« Elle subsistera, disait cet article, pendant

(1) Cassation, 2 décembre 1863, S. 64, 1, 67; Cassation, 7 mars 1865, D. P. 65, 1, 121; Alger, 17 mai 1865, S. 65, 2, 187; Cassation, 24 mars 1891, D. P. 91, 1, 145.

(2) Flandin. Revue de législation et de jurisprudence, 1866, 2^e t. 29, page 42.

toute la durée de la responsabilité du conservateur, *sans avoir besoin d'être renouvelée* ».

D'un autre côté l'article 2154 du Code civil est conçu en termes généraux et ne fait aucune distinction au sujet du renouvellement des inscriptions.

Laquelle de ces deux dispositions devait-on faire prévaloir ?

Le gouvernement n'attendit pas que la question fût résolue par la jurisprudence; il en a donné lui-même la solution dans un avis du Conseil d'Etat du 18 avril 1809 approuvé le 4 juin suivant. Le Conseil d'Etat décida « que les inscriptions prises sur les immeubles affectés au cautionnement des conservateurs des hypothèques devaient être renouvelées dans les dix années de leur date. »

Mais, par qui doit être renouvelée l'inscription ?

Naturellement par celui qui est chargé de la prendre, c'est-à-dire par le conservateur. Comme il s'agit de droits purement éventuels, au profit de personnes inconnues, on ne peut, comme dans le droit commun, en laisser l'obligation aux parties intéressées. Mais comme le conservateur a un intérêt contraire, on ne saurait tout à fait s'en rapporter à lui du soin de prendre l'inscription et de la renouveler. Aussi l'Administration de l'enregistrement pour assurer, à cet égard, l'exécution de la loi, a-t-elle pris les précautions suivantes :

Elle enjoint, dans l'instruction générale du 8 août 1809, aux directeurs de département « de tenir un sommier des cautionnements, pour s'assurer qu'ils ont été fournis et que l'inscription a été prise. »

Elle charge spécialement « les inspecteurs et les vérificateurs d'informer le directeur des irrégularités qu'ils auraient relevées, pour qu'il puisse en référer à l'administration sur les mesures à prendre. »

Elle appelle particulièrement leur attention sur le renouvellement décennal « lequel doit avoir lieu, pour les conservateurs en fonctions, six mois au moins avant l'expiration des dix années. »

Et quant aux conservateurs qui ne sont plus en fonctions, mais dont le cautionnement continue à être affecté, pendant dix ans, à la garantie des erreurs ou omissions qu'ils auraient pu commettre pendant leur exercice, comme il y aurait des inconvénients à attendre, pour renouveler l'inscription, les six derniers mois du délai décennal, « l'obligation de ce renouvellement pouvant être perdue de vue, soit par le successeur de l'ancien conservateur, soit par le conservateur de la situation des biens », une Instruction du 13 mars 1833, n° 1420, confirmée par une circulaire de l'Administration du 29 janvier 1859, a déclaré « qu'à l'avenir, l'inscription serait renouvelée dans les trois mois de la cessation des fonctions du conservateur, quelle que fût la date de l'inscription. »

La loi du 16 septembre 1807 relative au dessèchement des marais porte, dans son article 23, que « les indemnités dues aux concessionnaires ou au Gouvernement, à raison de la plus-value résultant des dessèchements, auront privilège sur toute ladite plus-value, à la charge seulement de faire transcrire l'acte de concession ou le décret qui

ordonnera le dessèchement au compte de l'Etat. »

Cette transcription, qui vaut inscription, ne doit pas être renouvelée dans les dix ans de sa date, conformément à l'article 2154. *Legi speciali per generalem non derogatur*. La loi du 16 septembre 1807 constitue en effet une législation complète et spéciale sur la matière des dessèchements ; la propriété s'y trouve régie par des règles particulières. Cette exception s'explique encore par cette considération, que le conservateur n'a pas à prendre d'inscription d'office ; la transcription prescrite par la loi est collective, elle s'opère sans désignation individuelle des propriétaires intéressées (1).

Le principe posé par l'article 2154 cesse d'être applicable lorsqu'il s'agit d'inscriptions prises au profit du Crédit foncier.

Aux termes de l'article 47 du décret du 28 février 1852 « les inscriptions hypothécaires prises au profit des sociétés de Crédit foncier, sont dispensées pendant la durée du prêt, du renouvellement décennal prescrit par l'article 2154 C. Civ. »

Cette législation exceptionnelle semble assez extraordinaire ; on a cherché à la justifier par les considérations suivantes qui ne sont pas de nature à motiver un privilège, non seulement préjudiciable au trésor, mais encore dangereux pour les tiers et pour les conservateurs.

Le renouvellement décennal, a-t-on dit, a surtout été établi en vue des prêts dont la durée, en général, n'atteint pas dix années ; en pareil cas les parties

(1) Cassation, 23 mars 1854, S. 54, 1, 334 ; Aubry et Rau, III, § 263 bis, note 90.

ont l'avantage de pouvoir éviter les frais de radiation, en laissant périmer l'inscription. Il n'en est pas de même pour les prêts du Crédit foncier ; ce sont, en général, des prêts à long terme et le mode de libération par annuité accordé au débiteur diminue le nombre des remboursements anticipés.

D'un autre côté, si le conservateur était obligé de renouveler les inscriptions prises à la requête du Crédit foncier, il encourrait, en cas d'omission, une responsabilité d'autant plus grande que les intérêts engagés seraient plus considérables.

Cependant on s'explique difficilement le privilège établi au profit du Crédit foncier, si on considère que le principal motif qui a inspiré le législateur en établissant l'art. 2154, a été de faciliter les recherches du conservateur des hypothèques. Ce dernier devra comprendre les inscriptions du Crédit foncier, après dix ans, dans les états des inscriptions non périmées qui lui seront demandées. L'Administration de l'Enregistrement, il est vrai, est venue remédier à cet inconvénient. Par son instruction N° 2210 en date du 3 février 1862 « elle recommande à ses préposés d'annoter les inscriptions du Crédit foncier, pour le passé et pour l'avenir, d'un signe particulier sur le répertoire des formalités hypothécaires. »

En fait, ces inscriptions sont notées à l'encre rouge sur les répertoires ou soulignées en rouge.

Quoi qu'il en soit, la possibilité d'oublier une inscription subsiste, car la marque peut s'effacer ou passer inaperçue. Aussi les personnes qui doivent requérir un état d'inscriptions non périmées agiront-

elles prudemment en ne limitant pas à dix ans la date de ces inscriptions. Pour ne pas autoriser le conservateur à ne pas comprendre dans l'état les inscriptions qui remonteraient à plus de dix ans, elles feront bien d'ajouter à la réquisition : *et à toute date, les inscriptions requises par le Crédit foncier.*

L'article 47 du décret du 28 février 1852, qui dispense les sociétés de Crédit foncier du renouvellement des inscriptions prises à leur profit pendant *toute la durée* du prêt, doit s'entendre en ce sens que la même inscription garantit la créance jusqu'à la complète extinction de la dette. En effet, cet article parle, non pas de la durée du prêt, telle qu'elle est déterminée par le contrat, mais de la durée réelle du prêt, c'est-à-dire de tout le temps pendant lequel la dette subsiste.

En conséquence, si le remboursement n'est pas intégralement effectué au jour de l'exigibilité de la dernière annuité, l'effet de l'inscription subsiste jusqu'à ce que son objet soit entièrement rempli.

Une question s'est posée au sujet des termes de l'art. 47 du décret du 28 février 1852.

Une inscription qui a été prise originairement au profit d'un tiers, sera-t-elle dispensée de renouvellement en cas de subrogation d'une société de Crédit foncier ?

Nous croyons qu'en pareil cas la dispense de renouvellement doit s'appliquer. Cette décision est conforme aux motifs qui ont inspiré le législateur.

Ce dernier a voulu favoriser les inscriptions, de quelque nature qu'elles soient, prises au profit du

Crédit foncier. La raison de la dispense est la même, soit que la société ait pris une inscription de son chef, soit qu'elle se soit appropriée celle d'un autre créancier en substituant son nom sur les registres à celui du créancier primitif. Au surplus, les tiers ne sauraient se plaindre, puisqu'ils sont avertis par la mention mise en marge de l'inscription, que la société est subrogée dans les droits du créancier originaire. Il y a, d'ailleurs, un moyen d'éviter la difficulté. Au lieu de se borner à faire une simple mention de subrogation, on peut renouveler, au nom de la société comme subrogée, l'inscription originaiement prise au profit du créancier remboursé.

Mais que décider, dans l'hypothèque inverse, lorsque le Crédit foncier subroge un tiers dans l'effet de l'inscription prise originaiement par lui?

Cette inscription continue-t-elle, après la subrogation, à être dispensée de renouvellement en vertu de l'art. 47 du décret de 1852?

Un arrêt de la Cour de Toulouse du 1^{er} mars 1889 (1) admet l'affirmative. Cette solution est basée sur le motif suivant. La dispense de renouvellement n'est pas un privilège incessible et personnel à la société du Crédit foncier ; elle a « un caractère évident de réalité et non de personnalité » ; par suite elle doit profiter aux tiers subrogés dans les droits de cette société. Le but de la loi, en effet, n'est pas d'avantager telle personne plutôt que telle autre, mais le prêt foncier en lui-même, indépendamment de la qualité des personnes.

Nous n'acceptons pas cette opinion. Parmi les

(1) D. P. 90, 2, 70.

droits du subrogeant, on doit distinguer ceux qui sont cessibles et ceux qui ne le sont pas. Or, ici la dispense de renouvellement est une dérogation apportée au droit commun dans l'intérêt des sociétés de Crédit foncier; cette exception n'a plus sa raison d'être, dès que le Crédit foncier cesse d'être le bénéficiaire de l'inscription, et par suite celle-ci doit être soumise à la règle édictée par l'article 2154.

L'inscription, objecte-t-on, a bien un caractère de réalité puisque, tant que le prix n'est pas remboursé, on ne se préoccupe point de savoir si les biens sur lesquels porte l'inscription sont ou non restés dans les mains de l'emprunteur. Donc la dispense de renouvellement constitue bien un effet attaché à l'inscription elle-même.

Nous reconnaissons que l'inscription présente sous ce rapport un certain caractère de réalité; cependant il nous paraît hors de doute que le privilège accordé par la loi au Crédit foncier doit disparaître, dès qu'il tombe aux mains de particuliers par l'effet d'une subrogation.

Lorsque la jurisprudence, avant 1856, décidait que la dispense d'inscription accordée à la femme mariée profitait au tiers qu'elle avait subrogé dans ses droits, ne s'appuyait-elle pas sur le même motif? Et cependant la loi du 23 mars 1855 a condamné ce système. C'est un argument d'analogie que nous pouvons invoquer à l'appui de notre opinion.

L'hypothèque légale qui appartient à la femme pour garantie de ses droits et créances contre son

mari, grève tous les biens de ce dernier (art. 2121, C. civ.).

Dès lors, si celui qui demande à contracter un emprunt au Crédit foncier est marié, la Société ne peut prêter qu'autant que cette hypothèque légale disparaît ou milite à son profit.

Il importe peu lorsqu'une femme mariée cède son rang au Crédit foncier, que son hypothèque légale soit ou non inscrite.

Si l'hypothèque légale est inscrite, la mention de subrogation est opérée en marge, comme pour toute autre inscription ; dans le cas contraire, l'inscription de l'hypothèque légale est prise par le seul et même bordereau, au profit de la Société comme subrogée aux droits de la femme et jusqu'à concurrence seulement de sa créance. Mais dans l'un et l'autre cas, l'inscription doit profiter de l'exception établie par la loi ; elle est dispensée du renouvellement décennal.

CHAPITRE IV

**Des personnes qui doivent ou qui peuvent
requérir le renouvellement. Au nom de qui
peut-on renouveler? Où doit-on renouveler?**

On peut dire d'une façon générale que le renouvellement est requis par ceux-là mêmes qui doivent requérir l'inscription. Par conséquent, le droit de renouveler l'inscription appartient avant tout au titulaire de la créance, à celui qui possède un droit réel, privilège ou hypothèque, sur un immeuble ou sur les immeubles de son débiteur.

Le créancier peut opérer le renouvellement, alors même qu'il n'a pas le plein exercice de sa capacité civile. Il faut appliquer, par analogie, l'article 2139 qui autorise la femme à inscrire son hypothèque légale sans le consentement de son mari et qui permet également au mineur d'exercer le même droit sans l'assistance de son tuteur. En renouvelant l'inscription, la femme mariée, le mineur et l'interdit ne font pas autre chose qu'un acte de conservation. Le mari et le tuteur sont néanmoins tenus de faire opérer le renouvellement des inscriptions profitant à la femme mariée ou au pupille. Le subrogé-tuteur est égale-

ment tenu, sous sa responsabilité, de veiller à ce que le renouvellement de l'inscription prise sur les biens du tuteur soit effectué dans le délai légal.

Aux administrateurs légaux de la fortune d'autrui il faut joindre les liquidateurs d'une faillite qui doivent veiller au renouvellement des inscriptions prises au nom du failli (1).

Nous pouvons ajouter que les syndics sont tenus également de renouveler en temps utile l'inscription que l'article 490 C. Com. leur prescrit de prendre sur les biens du failli au profit de la masse des créanciers.

Le droit de renouveler compète aussi aux héritiers et aux légataires.

Une question intéressante se pose ici : Le renouvellement doit-il être requis par tous les héritiers du créancier décédé ? Ou bien le renouvellement opéré par un seul profite-t-il à ses cohéritiers ?

La question est controversée en doctrine. De sérieuses considérations militent en faveur de l'une et de l'autre solution.

Au décès du créancier, dit-on dans une première opinion, sa créance se divise de plein droit entre tous ses successeurs ; chacun d'eux ne la représente que pour la part et portion qui lui est attribuée. Dès lors, il semble que lorsqu'un des héritiers renouvelle la créance garantie par l'hypothèque, il ne la renouvelle, en définitive, que dans son intérêt particulier, dans les limites de l'émolument qui doit lui revenir. Par suite, ses cohéritiers doivent être

(1) Cassation, 3 Février 1874, D. P. 74, 1, 103.

mal venus à se prévaloir du renouvellement requis par lui.

On répond, dans une seconde opinion, qu'il s'agit ici d'une créance unique, garantie par une hypothèque et qui arrive aux héritiers dans toute son intégrité. Il existe entre les héritiers une sorte d'indivisibilité tirée de la nature de la créance et de la qualité des parties (1). Si chacun des héritiers ne succède en réalité qu'à une partie de la créance, il a cependant un droit éventuel à la totalité de l'hérédité ou de la créance, pour le cas de répudiation ou d'incapacité de ses cohéritiers, de sorte qu'on ne comprendrait pas que l'inscription renouvelée par l'un des héritiers ne suffise pas pour conserver la créance dans son entier.

Nous croyons que la difficulté doit être résolue au moyen d'une distinction qui ressort de la nature même des choses. Tout dépend, selon nous, des termes dans lesquels le renouvellement est conçu. Ainsi, si l'héritier a requis renouvellement de l'hypothèque en son nom particulier et seulement pour la part et portion qui doit lui revenir dans la créance, nul doute que le renouvellement ne profite qu'à lui seul et que ses cohéritiers ne puissent s'en prévaloir. Si, au contraire, le bordereau est rédigé d'une manière générale, au nom de tous les héritiers et pour toute la créance provenant du créancier primitif, ou seulement au nom de celui-ci, nous sommes convaincu que le renouvellement conserve la créance dans toute son intégrité et que tous les cohéritiers doivent en profiter.

(1) Cassation, 27 février 1877, D. P. 77, 1, 292.

Cette solution nous paraît seule concilier, d'une manière juridique, les différents principes applicables à la question.

Cette controverse n'offre à vrai dire qu'un intérêt purement théorique. En effet, il est généralement admis dans la pratique que l'inscription peut être renouvelée par les héritiers ou légataires, soit au nom du créancier décédé, soit en leur propre nom.

Dans ce dernier cas, le conservateur ne peut pas obliger les héritiers ou légataires à produire les actes qui établissent leurs qualités. Le renouvellement de l'inscription est alors requis dans les deux bordereaux au nom de la succession du créancier décédé représentée par ses héritiers ou légataires qui sont successivement désignés. Le conservateur n'est seulement fondé à exiger la représentation ou tout au moins un extrait des actes authentiques qui constatent les qualités héréditaires des parties, que lorsque celles-ci demandent la radiation de l'inscription.

La jurisprudence admet parfaitement que le renouvellement d'inscription qui a été fait au nom de la succession, profite aussi à ceux des héritiers qui n'ont pas été désignés dans l'inscription.

La cour de Caen, dans un arrêt du 21 février 1887, a reconnu comme valable l'inscription qui a été renouvelée purement et simplement au profit du créancier originaire sans indication du décès de ce dernier et sans désignation de ses héritiers. Cette décision est très juridique. Le renouvellement exigé par l'article 2154 n'est pas destiné à rem-

placer ou à rectifier l'inscription primitive, mais seulement à la maintenir en la sauvant de la péremption. En adoptant l'opinion contraire, il faudrait soutenir qu'à partir du décès, il est nécessaire de requérir une inscription nouvelle ou de rectifier l'inscription primitive sans attendre l'expiration du délai de dix ans, ce qui serait inadmissible. D'ailleurs il arrive souvent que le renouvellement devient nécessaire, avant que les héritiers ne soient connus. Il n'est pas possible de décider que l'absence des héritiers occasionne la perte de la créance. On peut ajouter que l'article 2149 permet de prendre inscription contre un débiteur défunt. Il n'y a pas raison de refuser pour la désignation du créancier dans une inscription en renouvellement ce que la loi permet pour la désignation du débiteur dans une inscription originaire. Enfin l'intérêt des tiers est suffisamment sauvegardé, lorsque l'inscription contient élection de domicile et qu'elle est prise au nom d'un créancier, décédé il est vrai, mais suffisamment désigné pour ne donner lieu à aucune équivoque.

Quid, lorsque l'inscription originaire a été prise au profit de plusieurs personnes ? Est-il nécessaire que l'inscription soit renouvelée par tous les ayants-droit ?

L'inscription qui a été renouvelée par un des bénéficiaires, constitue, à notre avis, un acte conservatoire qui profite à tous les créanciers, à moins toutefois que le bordereau de renouvellement n'en limite expressément l'effet à celui qui le requiert.

Il faut citer l'usufruitier d'une créance hypothé-

caire parmi les personnes qui doivent provoquer le renouvellement. L'usufruitier n'a pas évidemment qualité pour opérer, en son nom seul, un renouvellement qui profite également au nu-propiétaire. C'est une conséquence du principe que l'inscription prise au nom seulement de l'une des personnes intéressées à la conservation de la créance, ne profite point aux autres. Mais comme il doit, d'après le droit commun, conserver la chose dont il jouit, il doit renouveler l'inscription non seulement dans l'intérêt de son usufruit mais encore dans l'intérêt de la nue-propiété. « L'usufruitier a en mains, dit Proudhon (1), les titres de créance, il est le gardien des droits du propriétaire ». Il agit même légalement et dans la limite de ses droits en renouvelant l'inscription au nom du propriétaire seulement; il n'a pas besoin de mandat spécial à cet effet, puisque la loi le considère comme un véritable mandataire.

Une inscription au nom de tous les intéressés étant indispensable pour la conservation de leurs droits hypothécaires, il en résulte qu'un renouvellement requis par le créancier d'une rente viagère, stipulée réversible, après son décès, sur la tête d'un tiers, ne profite pas à ce tiers, même lorsque la clause de réversibilité se trouve mentionnée dans le bordereau (2).

Les créanciers du titulaire d'une créance hypothécaire peuvent, pour la conservation des droits de leur débiteur, requérir le renouvellement de

(1) Traité des droits d'usufruit, II, n° 1038.

(2) Poitiers, 26 janvier 1832, S. 32, 2, 209.

l'inscription (Art. 1166 C. civ. ; Art. 775 C. Pr. Civ.).

Le renouvellement peut encore être opéré par le mandataire conventionnel du créancier. Nous nous occuperons spécialement de cette hypothèse dans le chapitre suivant en traitant de la responsabilité des officiers ministériels qui peuvent être chargés, comme mandataires des parties, d'opérer le renouvellement des inscriptions.

Le conservateur des hypothèques n'est pas tenu de renouveler l'inscription prise d'office, en vertu de l'art. 2108 C. Civ., ni même celles prises dans l'intérêt du Trésor public sur les biens des comptables ; dans le premier cas ce soin incombe au vendeur ; dans le second, à ceux qui ont pris l'inscription primitive.

Mais le conservateur doit renouveler lui-même l'inscription prise sur les immeubles affectés à son cautionnement, six mois avant l'expiration du délai décennal. Quand il a cessé ses fonctions, le renouvellement est fait par le conservateur en exercice.

Au nom de qui est fait le renouvellement ?

Au nom du titulaire de la créance, même lorsqu'il est requis par les créanciers de ce titulaire.

Persil (1) enseigne cependant que le renouvellement opéré en son nom personnel par un créancier du créancier hypothécaire est valable, si le requérant est porté dans le bordereau comme exerçant les droits de son débiteur et s'il a eu soin d'y mentionner les nom, prénoms, profession et domicile du titulaire de la créance inscrite. C'est en ce sens, ajoute-t-il, qu'il faut entendre les termes de l'art. 775

(1) Persil, sur l'art. 2148, n° 3.

du Code de procédure « entre tous les créanciers *inscrits* ou opposants. »

Nous avons vu que l'inscription pouvait être renouvelée aussi bien au nom du *de cujus* qu'au nom de ses héritiers, mais dans ce dernier cas ceux-là seuls au nom desquels le renouvellement a été requis, peuvent en profiter.

Le renouvellement pouvant être fait par tout ayant-droit à la créance, la Cour de Paris, dans un arrêt du 24 mars 1860, a décidé que le créancier qui a reçu la créance en nantissement, peut renouveler tant à son profit qu'au profit du titulaire.

Le cessionnaire d'une créance qui n'a pas encore signifié ou fait accepter le transport, peut-il néanmoins renouveler, en son nom personnel, l'inscription hypothécaire antérieurement prise par le cédant ?

La jurisprudence s'était d'abord prononcée pour la négative, en donnant aux créanciers du débiteur cédé le droit de faire annuler le renouvellement comme opéré à *non domino* (1).

Les auteurs et la jurisprudence admettent aujourd'hui l'affirmative (2).

Il n'y a pas lieu de faire intervenir ici l'article 1690 C. civ.

Le législateur, en exigeant la notification du transport au cédé, a eu un double but : Rendre la cession opposable aux tiers et empêcher la libération du débiteur entre les mains du cédant. Cette

(1) Paris, 10 ventôse an XII, S. 4, 2, 704; Toulouse, 2 janvier 1841, D. P. 42, 2, 114.

(2) Delvincourt III, p. 564; Bourges, 12 février 1841, S. 41, 2, 618.

notification ne présente, par conséquent, aucun intérêt au point de vue du renouvellement de l'inscription qui est un acte purement conservatoire. La cession étant parfaite *solo consensu*, le cessionnaire peut donc opérer le renouvellement sans attendre l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1690.

D'un autre côté, le cessionnaire d'une créance hypothécaire peut aussi valablement renouveler l'inscription au nom du cédant, même après la signification du transport.

Cette solution est admise par la jurisprudence et la doctrine. Quoique propriétaire de la créance, le cessionnaire peut se considérer comme *procurator in rem suam* et renouveler l'inscription sous le nom du cédant « qui continue à rester personne principale à l'égard de tous » (1).

Que décider dans le cas où une créance hypothécaire ayant été cédée en partie avec stipulation de préférence et d'antériorité au profit du cessionnaire, celui-ci n'a pas renouvelé son inscription en temps utile, tandis que le cédant l'a renouvelée dans le délai légal, mais uniquement pour la somme dont il restait créancier ?

Si un ordre s'ouvre sur le prix des immeubles hypothéqués, le renouvellement fait en temps utile doit-il profiter au cédant ? Ou bien doit-il profiter au cessionnaire, en vertu de la clause de préférence stipulée à son profit.

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 20 mars

(1) Cassation, 16 novembre 1840, S. 40, 1, 961; Duranton, XX, 95; Troplong, I, 365.

1844 (2), tranche la question au profit du cessionnaire. Elle a décidé que la stipulation devait produire tous ses effets entre les contractants, abstraction faite de l'époque à laquelle le cessionnaire avait renouvelé son inscription hypothécaire ; que par conséquent la collocation faite au profit du cédant qui avait renouvelé son inscription pour lui-même, devait profiter au cessionnaire, sauf à indemniser le cédant de la perte résultant du défaut de renouvellement.

Aux termes de l'article 2037 C. civ., « la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges, ne peut plus par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. » Le cessionnaire subrogé dans les privilèges et hypothèques attachés à la créance cédée, qui a négligé de renouveler l'inscription de cette créance, tombe évidemment sous l'application de l'article 2037 et perd tout recours contre la caution.

D'un autre côté, nous pensons que l'héritier bénéficiaire qui a entre les mains le titre d'une créance hypothécaire appartenant à la succession, n'est pas tenu, sous sa responsabilité, de renouveler l'inscription de cette créance, lorsqu'elle a été absorbée par des délégations faites à certains créanciers.

Le créancier au profit duquel une délégation a été faite dans un acte où il n'a point été partie, peut-il, en vertu de ce seul acte, renouveler l'inscription prise sur les biens du débiteur délégué, s'il n'a préalablement accepté la délégation ? Ou bien

(2) S. 44, 1, 297.

l'acceptation de la délégation résulte-t-elle suffisamment du fait d'avoir renouvelé l'inscription en vertu de l'acte de délégation ?

Nous pensons, avec la majorité des auteurs, que la délégation contenue dans l'acte ne doit être considérée que comme une indication de paiement ; elle ne constitue, tant qu'elle n'est pas acceptée, aucun lien de droit contre le délégant et le tiers débiteur délégué. Par conséquent le renouvellement n'est valable qu'à la condition d'avoir été précédé d'une acceptation qui, seule, peut donner au délégataire le droit de s'inscrire, comme cessionnaire de la créance et de l'hypothèque du délégant contre le débiteur délégué (1).

Où faut-il renouveler ?

La réponse ne peut faire de doute, c'est au bureau de la situation des biens que le renouvellement doit toujours avoir lieu.

(1) Grenier, II, 388; Troplong, I, 368; Pont, N° 931; Aix, 27 juillet 1846, S. 46, 2, 443; Cassation, 7 mars 1865, S. 65, 1, 165, *Contra*: Dijon, 4 février 1847, S. 47, 2, 407.

CHAPITRE V

De la responsabilité des officiers ministériels chargés par les parties intéressées d'opérer le renouvellement.

Le soin de renouveler les inscriptions des privilèges et des hypothèques incombe, nous l'avons vu, à l'intéressé lui-même, et cependant il arrive rarement que le créancier s'acquitte lui-même de cette fonction. C'est ordinairement un officier ministériel, et presque toujours le notaire, qui veille à l'accomplissement de cette formalité.

La situation spéciale du notaire, la confiance que les particuliers lui accordent, l'habitude qu'il prend généralement de diriger les affaires de ses clients semblent, en effet, le désigner tout naturellement pour opérer ce renouvellement.

I.

Responsabilité du notaire

Tous les auteurs comprennent la raison d'être et même, dans certains cas, la nécessité de l'inter-

vention du notaire, il est donc inutile d'arrêter notre attention sur ce point.

Mais une difficulté très sérieuse se présente, quand il s'agit de décider en quelle qualité le notaire opère ce renouvellement. Est-il le mandataire du créancier pour le compte duquel il renouvelle l'inscription, et dans ce cas quelles conséquences peut entraîner l'omission de cette formalité au point de vue de la responsabilité notariale?

La réponse à cette question dépend de la solution que nous donnerons à une autre question plus générale; nous la formulerons de la manière suivante :

Le notaire est-il tenu, par le seul fait de ses fonctions, de donner aux actes qu'il reçoit le complément et l'exécution dont ces actes sont susceptibles en dehors de son étude? En d'autres termes est-il tenu de veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires pour la conservation des droits des parties, par exemple de renouveler l'inscription de l'hypothèque affectée à la garantie du remboursement d'une somme donnée en prêt?

Il n'y a pas de *criterium* qui détermine d'une façon précise l'étendue de la responsabilité des notaires, en ce qui concerne la suite à donner aux actes qu'ils reçoivent. Aussi ne faut-il pas s'étonner de rencontrer sur ce point des décisions absolument opposées. Avant d'examiner le système auquel nous croyons devoir nous rallier, il ne sera pas sans intérêt de suivre les diverses étapes que la jurisprudence a parcourues.

La jurisprudence a commencé par voir dans le

notaire un mandataire obligé, un mandataire en quelque sorte légal des parties. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Cassation du 24 juin 1840 (1) avait décidé que « le notaire est le mandataire des parties pour recevoir leurs dispositions. »

M. Troplong (2) a adopté cette opinion.

La jurisprudence ne s'est pas arrêtée dans cette voie; elle arriva à appliquer la théorie du mandat légal, même en ce qui concerne les formalités extrinsèques des actes reçus par le notaire.

Elle a décidé dans plusieurs arrêts que le notaire, dans tout ce qui, de près ou de loin, se rattache aux actes de sa fonction, reste encore le mandataire légal des parties, de sorte qu'il doit à ce titre assurer sous sa responsabilité personnelle l'efficacité et l'exécution des actes.

C'est ainsi que la Cour de Paris notamment, par un arrêt du 13 juin 1854 (3), décida que le notaire est responsable du préjudice résultant de l'omission d'une inscription. « Attendu, lit-on dans cet arrêt, que le devoir du notaire ne consiste pas seulement à remplir les formalités prescrites par les lois pour la régularité des actes qu'il reçoit, qu'il doit encore veiller à l'accomplissement des conditions nécessaires pour conserver les droits des parties ».

Cette idée de mandat légal est à tous les points de vue contraire à la vérité juridique. Le notaire n'est pas un mandataire. Qu'est-il donc? Le législa-

(1) S. 1840, 1, 503.

(2) Du mandat, n° 217.

(3) J. Pal. 1854, t. 2, p. 477.

teur lui-même répond à cette question, il s'en explique au premier mot de la loi qui est comme la charte du notariat : « Les notaires, dit-il, sont des *fonctionnaires publics* établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le *caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique*, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions » (loi du 25 ventôse an XI, article premier).

On conçoit difficilement un fonctionnaire public chargé de gérer les affaires de parties en pleine possession de leurs droits, obligé d'en être en quelque sorte le tuteur, et cela sous sa responsabilité pécuniaire. On ne s' imagine pas aisément un mandataire légal tenu d'être mandataire malgré lui, puisque le notaire est contraint et forcé par l'art. 3 de la loi de ventôse, d'instrumenter et d'éclairer les parties auxquelles il voudrait refuser son ministère.

Il faut reconnaître, en effet, que le notaire ne fait, en instrumentant, qu'accomplir un acte de sa fonction publique. Il est, si l'on veut, le mandataire de la loi ou de l'autorité souveraine dont il est le délégué ; mais assurément on ne peut pas dire qu'il est le mandataire légal des parties dont il reçoit et constate les conventions.

On peut ajouter que la nature des choses résiste à l'idée de mandat ; car le mandat suppose l'absence de la partie et l'intervention d'une personne qui agit ou stipule pour cette partie absente. Or ici, la partie assiste à l'acte, soit par elle-même, soit par un

fondé de pouvoirs. Donc le notaire ne peut être son mandataire légal.

D'ailleurs où est le texte qui fasse du notaire un mandataire légal ? Au contraire, l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI, qui défend au notaire de recevoir des actes dans lesquels il serait personnellement intéressé ; l'article 12, § 6 de l'ordonnance du 4 janvier 1843, qui lui défend de se porter garant ou caution, à quelque titre que ce soit, des conventions arrêtées entre les parties, avec son concours, ne sont-ils pas exclusifs de toute idée de mandat légal ?

En tout cas, ceux-là même qui veulent donner au notaire le caractère de mandataire légal, sont bien forcés aujourd'hui de faire une distinction entre les actes mêmes du ministère du notaire et les formalités qui ont trait à ces actes et s'y rattachent plus ou moins directement. Que le notaire soit réputé mandataire du client pour les actes qu'il reçoit comme notaire, on conçoit qu'on cherche à l'expliquer, car alors le notaire est dans l'exercice même des fonctions pour lesquelles il a été institué. Mais c'est tout autre chose lorsqu'il s'agit des suites de l'acte, et en particulier des formalités propres à assurer l'efficacité des conventions qui y sont contenues : ici, quoi qu'il fasse et quoi qu'il conseille, le notaire cesse d'être notaire, car rien de cela ne rentre dans ses attributions, telles qu'elles sont définies et déterminées par la loi de ventôse.

Aussi la théorie du mandat légal a-t-elle été formellement repoussée par des arrêts successifs

de la Cour de Cassation (1), du moins en ce qui concerne la responsabilité à raison des formalités extrinsèques des actes que les notaires reçoivent. Et M. le conseiller Hardouin pouvait dire avec raison, dans le rapport qui a précédé l'arrêt du 14 février 1855 : « C'est un principe consacré par la jurisprudence *et placé désormais hors de toute controverse* que les notaires ne sont pas tenus, aux termes de la loi de leur institution, de remplir les formalités destinées à assurer l'efficacité ou l'exécution des actes qu'ils reçoivent. »

Cette solution peut être considérée comme définitivement admise par la doctrine et par la jurisprudence (2).

Le notaire qui reçoit un acte de son ministère n'est donc pas tenu « comme conséquence même de sa qualité » de veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires à la conservation des droits des parties. C'est ainsi que le tribunal civil de la Seine, par un jugement du 24 avril 1868, a décidé que « le notaire qui reçoit un acte de prêt, n'est pas tenu, en cette seule qualité, de veiller à l'accomplissement des conditions nécessaires à la conservation des droits des parties, notamment de faire renouveler une inscription hypothécaire. » La même idée est exprimée dans un arrêt de la Cour de Cassation du 18 août 1873 (3). Mais cette obligation peut

(1) Cass. Req. 14 juillet 1847, J. P. 48, 1, 46; Cass. 14 février 1855, D. P. 55, 1, 170; Cass. 17 mars 1856, J. P. 56, 2, 503; Paris 26 juin 1852, J. P. 52, t. 2, p. 450; Lyon, 13 août 1852, J. P. 53, t. 2, p. 560.

(1) Aubry et Rau, III, p. 320; Laurent, XXVII, p. 361.

(2) S. 74, 1, 169.

exister pour le notaire, lorsqu'il a reçu à cet effet un mandat spécial (1). Aussi le notaire est-il « responsable du défaut de renouvellement d'une inscription hypothécaire, quand il a été constitué mandataire du créancier et chargé de veiller à la conservation des garanties stipulées par ce dernier. » (2)

Par conséquent le notaire qui n'est pas le mandataire *légal* des parties, quand il reçoit un acte, peut devenir leur mandataire *conventionnel* quand il accepte un mandat pour l'exécution de cet acte. Il faut reconnaître qu'en bien des circonstances, notamment pour les inscriptions hypothécaires à renouveler, les mainlevées et radiations à requérir, le notaire est tout indiqué au choix de celui qui, ne voulant ou ne pouvant agir par lui-même, est amené à faire agir pour lui et en son nom. Mais alors ce n'est plus l'officier public qui est en jeu, c'est l'homme privé qui agit; le droit commun seul est applicable.

Le mandat donné au notaire peut être *exprès* ou *tacite*.

Il est exprès, lorsqu'il résulte formellement d'une convention intervenue entre le notaire et le client, par exemple de la correspondance échangée entre eux.

Il y a mandat tacite, lorsqu'il résulte des faits et circonstances d'une affaire que le client a entendu donner mandat au notaire et que, de son côté, le notaire a accepté ce mandat.

(1) Pau, 26 mars 1890, D. P. 91, 2, 110; Montpellier, 30 juin 1890, D.P. 91, 2, 181; Cassation, 18 janvier 1892, D.P. 92, 1, 454.

(2) Rouen, 13 mars 1854, J. Pal. 55, t. 2, p. 320.

Mais il ne peut y avoir mandat soit exprès, soit tacite, sans contrat, sans offre d'un côté et acceptation de l'autre. Le mandat ne se présume pas ; le notaire ne peut être considéré comme responsable en qualité de mandataire, qu'autant que l'existence du mandat est prouvée suivant les règles ordinaires du droit.

Il y a toutefois une différence à faire en ce qui concerne l'acceptation, entre le mandat exprès et le mandat tacite.

L'article 1985 *in fine* dit, en effet, formellement que « l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. »

La voie des conjectures est largement ouverte en ce qui concerne l'acceptation quand le mandat est tacite. Les tribunaux ont donc en cette matière un pouvoir d'appréciation, mais ce pouvoir n'est pas illimité. Les tribunaux ne doivent admettre comme faisant preuve de l'acceptation, par le mandataire, que les faits ou les actes ayant avec l'objet même du mandat une corrélation si nécessaire, qu'on ne les peut comprendre et qu'ils n'ont de raison d'être que comme actes d'exécution.

Le notaire peut encore se charger de renouveler les inscriptions hypothécaires à titre de gestion d'affaires. Mais la gestion d'affaires diffère du mandat en ce qu'il n'y a point de convention, ni expresse, ni tacite, entre le gérant et la personne dont les affaires ont été gérées ; elle implique une immixtion spontanée du notaire dans l'affaire au sujet de

laquelle sa responsabilité est mise en jeu, et même à l'insu du client.

Le mandat se distingue de la gestion d'affaires, non seulement au point de vue de l'existence de la convention, mais encore au point de vue de la preuve.

La gestion des affaires est un quasi-contrat dont l'existence peut être prouvée à l'aide de présomptions, ou par témoins, même au-delà de 150 fr., conformément à l'art. 1348 C. civ. ; au contraire, le mandat est un contrat dont la preuve reste soumise aux règles du droit commun (Art. 1341, 1353 C. civ.), ainsi que l'a, du reste, formellement rappelé le législateur dans l'art. 1985 C. civ. (1).

La différence du mode de preuve entre le mandat et la gestion d'affaires a maintes fois poussé les plaideurs qui ne pouvaient établir le mandat donné au notaire, à le faire considérer comme gérant d'affaires, d'après les circonstances de la cause. Un arrêt de la Cour de Caen du 27 janvier 1875, infirmatif d'un jugement du tribunal de Vire du 9 juillet 1874, reconnaît aux juges le pouvoir d'apprécier dans leur ensemble les espèces qui leur sont soumises et de décider si en réalité elles constituent un mandat ou une gestion d'affaires, « attendu qu'il ne saurait dépendre de l'habileté de l'une des parties de transformer, selon son intérêt, le mandat en simple gestion d'affaires, afin de rendre admissible la preuve testimoniale. » Il faut ajouter que les tribunaux, bien qu'il y ait des conditions requises pour l'existence du quasi-

(1) Laurent, tome XXVII, nos 367 à 372.

contrat de gestion d'affaires, n'en tiennent pas souvent compte quand il s'agit des notaires. Dès qu'ils voient que le notaire gère les intérêts du client, ils le déclarent responsable comme gérant.

En ce qui concerne le mandat, la jurisprudence a consacré les véritables principes dans plusieurs arrêts. « Le notaire, y lit-on, ne doit être considéré comme responsable en qualité de mandataire qu'autant qu'il est prouvé, suivant les règles ordinaires du droit, qu'il a reçu et accepté le mandat de renouveler l'inscription hypothécaire (1).

Un revirement s'opéra cependant dans la jurisprudence. À plusieurs reprises, par une violation formelle de la loi, il a été jugé que l'existence du mandat *tacite* donné au notaire peut, à défaut de commencement de preuve par écrit, être établi au moyen des circonstances particulières de la cause et de présomptions graves, précises et concordantes, alors même que l'intérêt engagé dépassait 150 fr. (2).

La Cour de Cassation elle-même n'a pas hésité à consacrer cette jurisprudence. Il semble résulter de divers arrêts que la Cour de Cassation n'entend pas appliquer au mandat *tacite* les mêmes règles qu'au mandat exprès. C'est ainsi qu'elle a décidé « qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement les faits d'où le mandat *tacite* peut résulter, sans que cette appréciation tombe sous le contrôle

(1) Cass. 2 juin 1847, J. Pal. 47, tome 2, p. 188; Agen, 14 mars 1866, S. 67, 2, 55; Paris, 4 août 1873, S. 73, 2, 216.

(2) Pont-l'Évêque, 27 août 1872; Saint-Etienne, 17 mars 1873; Toul, 28 juillet 1874, Journal du Palais, 1874, p. 410.

de la Cour de Cassation (1) ». Donc, d'après ce système, les questions d'admissibilité de la preuve testimoniale ne sont plus des questions de droit, elles échappent à l'examen de la Cour de Cassation. La preuve écrite et le commencement de preuve par écrit sont laissés de côté au profit de simples circonstances. Il est cependant certain que la loi n'a point soustrait le mandat tacite, quant à la preuve, aux règles du droit commun.

La doctrine, par l'organe des juriconsultes les plus autorisés (2), a toujours enseigné que le mandat conventionnel, exprès ou tacite, donné à un notaire par ses clients, doit être prouvé par écrit, lorsque l'intérêt engagé dépasse 150 francs, et qu'il ne peut l'être par témoins, qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit.

« Et si l'existence de la convention, dit M. Paul Pont (Du mandat, n° 875), ne peut pas être établie au moyen de la preuve testimoniale, elle ne peut pas l'être non plus, et par cela même, par la preuve indirecte résultant des présomptions, car c'est une règle de droit, consacrée par la loi dans l'article 1353 du Code civil, que les présomptions de l'homme, ces conséquences que le juge tire de faits reconnus pour arriver à la connaissance de faits contestés, marchent de pair avec la preuve testimoniale, et que si elles sont admissibles dans les cas où cette dernière preuve est autorisée, elles ne

(1) Cassation, 18 août 1873, S. 74, 1, 169; Cassation, 15 décembre 1874, S. 75, 1, 212; Cassation, 28 avril 1875, Pandectes chronologiques, t. 5^{me}, I, 169.

(2) Troplong, Du mandat, n° 142.

doivent du moins être admises que dans les mêmes cas. »

Les principes relatifs à la preuve du mandat que nous venons d'exposer, dominant non seulement les rapports du mandant avec le mandataire, mais encore les rapports du mandataire avec les tiers. Ceux-ci ont à prouver le mandat confié au notaire par le client, comme le client aurait à le prouver vis-à-vis du notaire (1).

Nous croyons avoir démontré que le client ne peut se contenter d'alléguer l'existence d'un mandat, il doit prouver dans les termes du droit commun que le mandat existe réellement. Une preuve telle quelle, une présomption quelconque, une conjecture plus ou moins certaine ne suffisent pas. Aussi faut-il condamner formellement le système de la jurisprudence qui a érigé, en dehors de tout commencement de preuve par écrit, les circonstances de la cause en présomptions suffisantes pour établir l'existence, non seulement du mandat allégué par le prétendu mandant, mais encore de l'acceptation du mandat par le mandataire.

Les présomptions se rapportant au renouvellement des inscriptions hypothécaires et considérées par la jurisprudence comme suffisantes pour établir l'existence du mandat tacite confié au notaire sont nombreuses.

Une première présomption a été tirée de ce fait que l'officier public est le notaire habituel des parties (Bordeaux, 17 juillet 1877).

Il n'y a pas de lien nécessaire entre l'idée de

(1) Cassation, 7 mars 1860, S. 60, 1, 542.

mandat et les relations habituelles du notaire avec le client. Ces relations ne sauraient donc par elles-mêmes constituer une présomption de mandat tacite qui rendrait le notaire responsable du défaut de renouvellement.

Une autre présomption a été tirée de ce que le client était illettré (1).

D'après un arrêt de la Cour d'Alger du 6 juillet 1866, l'existence du mandat est d'autant plus facilement présumée qu'il s'agit de parties complètement dépourvues d'instruction, hors d'état de surveiller leurs propres intérêts, et dont le notaire est habituellement le conseil volontaire ou l'agent en quelque sorte obligé.

Cette responsabilité que la jurisprudence induit de l'aptitude plus ou moins grande des parties, n'a aucun point d'appui dans la loi. Sans doute, le notaire doit apporter d'autant plus de soin et de vigilance aux affaires qui lui sont confiées que les parties sont moins capables de les conduire elles-mêmes, mais ce n'est là qu'une obligation morale, la loi ne l'a imposée nulle part.

La loi n'aurait pas pu procéder autrement sans livrer les parties à un arbitraire sans contrôle possible. Car enfin, si la responsabilité notariale était subordonnée ou mesurée à l'intelligence des clients, où donc serait la règle d'appréciation ? A quel signe reconnaîtrait-on que celui-ci a une intelligence suffisante des affaires, que celui-là ne les connaît pas assez ? Quel serait, en un mot, le niveau auquel

(1) Montpellier, 21 juillet 1863 ; Cassation, 22 août 1864, S. 64, 1, 449.

les connaissances devraient s'élever pour que le notaire dût être déchargé de toute responsabilité ?

D'ailleurs beaucoup de paysans qui savent à peine écrire d'une manière informe leur nom ou même qui signent d'une croix, connaissent cependant à merveille leurs affaires et n'ont aucunement besoin d'être protégés par les tribunaux contre leur notaire.

Et, d'autre part, combien d'hommes lettrés qui ont toujours vécu à la ville sans fortune à gérer, se montrent d'une ignorance absolue des affaires. Quelles chances d'erreurs pour les juges et quelle incertitude pour les justiciables ! (1)

L'élection de domicile en l'étude du notaire est encore un des faits d'où la jurisprudence a fait résulter la preuve de l'acceptation du mandat (Aix, 10 décembre 1881).

Cette présomption prise isolément est absolument insuffisante. Il n'y a dans ce fait aucun motif de s'écarter des principes.

On ne voit ordinairement dans les élections de domicile qui figurent aux actes notariés, que des clauses en quelque sorte de style. On ne doit attacher une plus grande importance à l'élection de domicile qui se trouve dans les bordereaux d'inscription, d'autant plus que cette élection de domicile est considérée par la jurisprudence comme une formalité substantielle dont l'omission entraîne la nullité de l'inscription.

Une quatrième présomption est tirée de cette

(1) Arnault; Lectures sur le notariat français à l'Académie de législation de Toulouse, 1879, chap. IV.

circonstance que le notaire est dépositaire des titres de la créance (1).

En quoi la détention par le notaire de pièces se rapportant à une affaire, peut-elle être considérée comme établissant par elle-même la preuve que le notaire a accepté un mandat ? Chacun sait que les pièces ne sont remises par le notaire qu'autant que les frais en sont payés.

La cour d'Aix, dans un arrêt du 27 mai 1879, a fait une application particulière du principe que nous critiquons. « Le notaire, lit-on dans cet arrêt, qui, après avoir reçu une obligation hypothécaire, a été chargé comme mandataire de l'accomplissement des premières formalités hypothécaires, et est resté nanti de toutes les pièces, est responsable du défaut de renouvellement de l'inscription originaiement prise par lui, le mandat primitif étant présumé s'être continué. »

Ainsi, d'après cet arrêt, le notaire qui a été chargé de prendre l'inscription originaire doit la renouveler, s'il n'établit point par une décharge ou autre document que les pièces ont été remises à la partie.

Si l'existence du mandat peut être facilement présumée quand il s'agit de formalités qui sont la conséquence immédiate et le complément naturel de l'acte notarié, il n'en est pas de même quand il est question d'une surveillance à exercer, de diligences à faire dans un avenir plus ou moins éloigné.

(1) Moulins, 10 mai 1876; Caen, 3 mars 1880; Répertoire périodique du notariat, tome 2, page 11.

Aussi a-t-il été jugé plusieurs fois (1) qu'on ne saurait admettre sans une preuve positive, qu'un notaire a accepté le mandat de pouvoir, sous sa propre responsabilité, au renouvellement d'une inscription avant l'expiration des dix ans.

Cette doctrine est équitable et juridique et on peut regretter que la jurisprudence ait une tendance à s'en départir.

Une autre présomption a été tirée de ce qu'aux termes de l'acte le paiement du capital et des intérêts doit avoir lieu en l'étude du notaire.

Y a-t-il là une présomption assez grave pour impliquer l'existence du mandat ?

La Cour de Toulouse, dans un arrêt du 25 juillet 1855, l'a pensé, mais la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt (2).

Malgré ces décisions, nous croyons avec M. Bonnet (3) que la clause en vertu de laquelle tous les paiements doivent être faits en l'étude du notaire, ne signifie pas qu'il doive être considéré comme le mandataire du prêteur. Il est, en effet, admis par la jurisprudence et par les principaux auteurs (4), que l'indication de l'étude du notaire comme lieu de paiement d'un capital et l'élection de domicile faite en cette étude, ne confèrent pas

(1) Rouen, 13 mars 1854 ; Lyon, 14 mars 1855 ; Toulouse, 18 juin 1888 ; Journal du Notariat, n° 4060.

(2) Cass., 22 avril 1856, J. Pal. 1856, 2, 454 ; même sens : Poitiers, 30 juin 1847, J. P. 1847, 2, 695 ; Colmar, 15 juin 1847, J. P. 1847, 2, 137 ; Cass. req. 4 mai 1874, D. P. 74, 1, 489.

(3) Responsabilité notariale en matière de prêts hypothécaires, page 29.

(4) Demolombe, IV, n° 155, Des contrats et obligations ; Aubry et Rau, III, p. 105.

de plein droit et à elles seules, pouvoir au notaire de recevoir et donner quittance (1).

Les tribunaux considèrent parfois le renouvellement de l'inscription tardivement opéré, comme une preuve de l'acceptation du mandat donné au notaire à l'effet de requérir l'inscription en temps utile (2). Il est moins facile de critiquer à cet égard les décisions de la jurisprudence. Cependant nous pouvons citer un jugement du tribunal d'Auxerre du 14 mars 1889 qui, tout en admettant que la preuve de l'existence du mandat peut se déduire des circonstances, décide : « que l'existence du mandat ne résulte pas nécessairement de ce que le notaire aurait requis, bien que tardivement, le renouvellement de l'inscription (3) ».

La preuve de l'acceptation du mandat peut encore résulter, d'après le système que nous combattons, de la réunion d'autres circonstances particulières dont la forme probante est abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

En résumé, nous devons constater que les juges se sont toujours montrés disposés à reconnaître l'existence du mandat, lorsque de la combinaison de tous les éléments de la cause ou de quelques-uns d'entre eux, il résultait pour eux la conviction que le notaire avait nécessairement fait de son étude le

(1) Cass., 23 novembre 1830, S. 31, 1, 153 ; 21 novembre 1836, S. 36, 1, 892 ; Bordeaux, 11 juillet 1859, J. Pal., 60, p. 1014 ; Lyon, 16 février 1860, J. Pal., 61, p. 1043.

(2) Cass., 19 mars 1853, D. P. 57, 1, 156 ; Riom, 22 juillet 1878 ; Aix, 27 mai 1879 ; Cass., 2 mai 1882 ; art. 22264 et 22902, Journal des notaires et des avocats.

(3) Pandectes françaises, 1890, 2, 172.

centre de tout ce qui pouvait se rattacher à la formation et à l'exécution de l'acte d'obligation ; et que par conséquent le client avait dû s'en rapporter à l'expérience du notaire et compter sur sa vigilance pour renouveler en temps utile l'inscription hypothécaire prise à son profit.

Nous estimons que ces diverses circonstances, considérées isolément, ne présentent pas les caractères de gravité, de précision et de concordance exigés par la loi pour permettre aux tribunaux d'induire l'existence du mandat tacite donné au notaire. Et quand bien même la preuve du mandat semblerait manifestement résulter de circonstances parfaitement concordantes et significatives, les magistrats n'auraient pas pour cela le droit de violer l'article 1341 C. Civ.

La Chambre civile de la Cour de Cassation est revenue à la véritable doctrine dans un arrêt du 29 décembre 1875 (1). Elle a posé en principe qu'il n'y a aucun motif de distinguer, au point de vue du mode de preuve, entre le mandat *exprès* et le mandat *tacite*, et que pour l'un comme pour l'autre, d'après la combinaison des art. 1341 et 1985 du Code Civil, la preuve ne peut être faite par témoins ou à l'aide de présomptions, qu'autant qu'il s'agit entre les parties, d'une somme n'excédant pas 150 francs ou qu'il existe un commencement de preuve par écrit.

C'est là la règle que nous avons expliquée plus haut, en exposant la doctrine suivie unanimement par les auteurs.

On rendrait, en effet, les fonctions du notaire

(1) Journal du Palais, 1876, 1038.

impossibles, si on le mettait, à propos d'allégations plus ou moins précises, à la merci de la preuve testimoniale.

Les principes posés en termes si nets dans l'arrêt de la Chambre civile du 29 décembre 1875 n'ont pas fixé définitivement la jurisprudence. La Cour d'Aix, dans un arrêt du 10 décembre 1881, et le tribunal d'Auxerre, dans un jugement du 14 mars 1889, persistent à déclarer que la preuve du mandat peut se déduire uniquement des circonstances.

D'un autre côté, la cour de Pau, dans un arrêt du 4 Juillet 1892, a appliqué les principes admis par le dernier arrêt de la cour de cassation, en indiquant que le mandat tacite prouvé par un commencement de preuve par écrit, pouvait être accompagné des présomptions suivantes : « 1° Que lors de l'expropriation du débiteur, le notaire avait lui-même chargé un avoué de produire soit à l'ordre, soit à la distribution par contribution qui ont suivi ; 2° qu'il avait continué à payer au créancier les intérêts de la somme empruntée, même après avoir vu repousser sa demande en collocation dans l'ordre en raison du non renouvellement de son inscription hypothécaire et qu'il avait ainsi reconnu lui-même avoir reçu mandat de renouveler cette inscription et n'avoir pas accompli ce mandat. »

La facilité avec laquelle les tribunaux présument l'existence du mandat tacite donné au notaire doit nous amener à rechercher quelles sont les précautions dont cet officier ministériel peut s'entourer pour éviter les conséquences de cette responsabilité excessive.

Mais auparavant supposons le mandat légalement établi et recherchons quelle responsabilité doit encourir le notaire qui a omis de renouveler une inscription ou qui l'a fait tardivement.

L'action en responsabilité est la mise en œuvre du droit qu'ont les parties d'obtenir en justice la réparation pécuniaire du préjudice que le notaire leur a causé par sa faute ou son impéritie, en ne renouvelant pas l'inscription. Toutes condamnations en dommages-intérêts, dit l'article 53 de la loi de ventôse, seront prononcées contre les notaires, par le tribunal civil de leur résidence, à la poursuite des parties intéressées.

Par parties intéressées, il faut entendre ici celle des parties qui a éprouvé le préjudice ou la personne qui se trouve subrogée à ses droits (1).

L'action peut être exercée contre le notaire qui a cessé ses fonctions, aussi bien que contre le notaire en exercice (2).

Si l'action est dirigée contre les héritiers du notaire, la responsabilité doit être appliquée moins rigoureusement et les dommages-intérêts atténués, avec d'autant plus de raison qu'ils ne sont pas les auteurs de la faute et qu'ils peuvent être dépourvus des moyens de justification que le notaire eût pu faire valoir personnellement (3). Du reste, si les demandeurs attendent, comme cela est parfois arrivé, le décès du notaire pour intenter leur action

(1) Cass. 9 décembre 1863; Journal des notaires, art. 17.901.

(2) Eloy : De la responsabilité des notaires, 11, n° 917 et suiv.

(3) Pau, 24 avril 1866; Chambéry, 9 janvier 1884; Pagès, De la responsabilité des notaires, p. 242; Eloy, n° 248.

en responsabilité, les juges n'ont pas d'autre moyen en leur possession, pour arriver à déjouer ce calcul, que de se montrer plus indulgents envers les héritiers. En outre, les héritiers du notaire ne sont pas responsables solidairement du paiement des dommages-intérêts prononcés contre eux du chef de leur auteur (1).

D'après l'art. 53, c'est le tribunal civil de la résidence du notaire mis en cause, et ce tribunal seul, qui est compétent pour connaître de l'action en responsabilité, quel que soit le taux de la demande, que l'action soit dirigée contre le notaire encore en exercice, ou contre un ancien notaire ayant quitté son ancienne résidence (2).

Comme toute action civile, l'action en responsabilité est soumise au préliminaire de conciliation, quand elle est principale et introductive d'instance ; mais si elle est introduite sous forme d'action en garantie dans une instance déjà engagée, il n'y a pas lieu à préliminaire de conciliation.

Elle peut suivre les deux degrés de juridiction, et, sur ce point, l'art. 53 déroge au droit commun, car il déclare l'appel recevable, quoiqu'il s'agisse d'une somme inférieure au taux ordinaire de la compétence en dernier ressort (3).

Nous venons de rechercher comment s'exerce l'action en responsabilité, examinons maintenant

(1) Douai, 19 janvier 1887.

(2) Boitard, *Leçons de procédure*, 8^{me} éd. t. II, p. 96 ; Eloy, n° 952 ; Bordeaux, 27 juin 1839 ; Cass., 21 mai 1844, 14 juillet 1860 et 29 juin 1881 ; art. 22535 *Journal des notaires* ; n° 3416 *Journal du notariat*.

(3) Cass. 16 mai 1825 ; Eloy, n° 962.

quelles sont les conditions indispensables pour que l'action soit recevable.

La partie demanderesse doit établir deux choses :

1^o Que le notaire est en faute de n'avoir pas fait renouveler l'inscription ;

2^o Que cette faute lui a causé un préjudice actuel et légalement constaté.

Sans la réunion de ces conditions, il n'y a pas lieu à responsabilité (1).

Quelle est l'étendue de l'action ?

Le notaire ayant agi comme mandataire ou gérant d'affaires des parties, ce sont les principes du mandat ou de la gestion d'affaires qui lui sont applicables.

Il est soumis, comme toute personne privée, aux art. 1382 et 1383 C. Civ., c'est-à-dire qu'il répond de l'inexécution de son mandat et de tout préjudice occasionné par son fait ou sa faute. La quotité des dommages-intérêts est subordonnée à l'étendue du préjudice causé (2).

D'après la jurisprudence actuelle de la Cour suprême, les juges du fond ont un pouvoir souverain pour constater les faits d'où peut résulter la faute (3).

Mais il appartient à la Cour de Cassation d'examiner si les faits souverainement constatés par les premiers juges constituent une faute pou-

(1) Laurent, tome XVI, nos 279 et suiv.

(2) Pagès, p. 246; Eloy, nos 721 et suiv.

(3) Cass. 21 octobre 1885, Dalloz 86, 1, 403; Cass. 24 janvier 1887, Dalloz 87, 1, 409.

vant entraîner la responsabilité du notaire (1) et si la preuve de ces faits a été légalement reçue (2).

Ces décisions sont assurément très juridiques ; cependant on peut regretter que la Cour de Cassation n'applique pas rigoureusement ces principes et qu'elle fasse parfois des distinctions contraires à la loi. Nous avons combattu précédemment les tendances excessives de la jurisprudence notariale. Nous avons vu notamment qu'elle se dégageait très facilement des règles du mandat lorsque le notaire avait agi « pour des clients illettrés, ignorants des affaires dont il devait être le conseil éclairé et le guide vigilant (3). » Dans le but d'atténuer ce que ce système peut avoir d'exagéré dans cette circonstance, la Cour de Cassation se montre plus indulgente pour le notaire, lorsque celui-ci a reçu mandat de renouveler l'inscription d'une personne qui peut veiller elle-même à la conservation de ses droits. Elle décide que, par une équitable réciprocité, le rôle du notaire doit être jugé avec moins de sévérité lorsque les parties étaient elles-mêmes en état de prendre soin de leurs propres intérêts en pleine connaissance de cause. La faute dommageable est alors imputable non seulement à la seule négligence de l'officier public, mais aussi à celle du client, et la Cour de Cassation décide que

(1) Cass. 30 mai 1881, D. P. 1881, 1, 414 ; 2 mai 1882, D. P. 83, 1, 74 ; Cass. 5 janvier 1886 (*Journal du Notariat*, n° 3830).

(2) Cass. 2 mai 1882, D. P. 83, 1, 74 ; cass. 19 mai 1885, D. P. 85, 1, 345.

(3) Tribunal Seine, 15 janvier 1889, *Pandectes françaises* 89, 2, 179.

les juges du fait peuvent dans ce cas appliquer le principe du partage des responsabilités (1).

« La responsabilité notariale est, en effet, soumise, dit M. Demolombe (2), en même temps à la loi générale des art. 1382 et 1383 et à la loi spéciale du 25 ventôse an XI, dont l'article 68 confère particulièrement aux juges un pouvoir d'appréciation discrétionnaire. »

La règle du partage des responsabilités peut présenter un certain intérêt en ce qui concerne la responsabilité qui peut découler des actes authentiques reçus par le notaire ; mais elle ne doit modifier en rien notre opinion en ce qui concerne la responsabilité que peut entraîner l'inexécution des formalités extrinsèques se rattachant aux actes notariés. De deux choses l'une : Ou bien le mandat donné à l'effet de renouveler une inscription hypothécaire n'est pas légalement établi et alors le notaire ne doit encourir aucune responsabilité, ou bien l'existence du mandat donné au notaire est légalement reconnue, et alors les tribunaux sont obligés de condamner le notaire à réparer intégralement le préjudice qu'il a causé au client par suite du défaut de renouvellement.

Comment se prescrit l'action en responsabilité ?

L'action en responsabilité n'étant limitée par aucun texte peut s'exercer pendant trente ans. Mais à partir de quel moment court ce délai ? Nous croyons que l'action commence à se prescrire du

(1) Cass. 24 janvier 1887, D. P. 87, 1, 409 ; Cass. 26 avril 1887, Pandectes françaises 87, 1, 147 ; Grenoble, 24 mars 1874, D. P. 75, 2, 198.

(2) T. XXX, n° 528.

jour où les parties ont connu ou pu connaître l'omission du renouvellement qui a occasionné le fait dommageable.¹

Comme le notaire se charge ordinairement du renouvellement des inscriptions, le mandat se présume facilement. Il est donc nécessaire que le notaire prenne, toutes les fois qu'il n'en demeure pas chargé, certaines mesures de précaution. Le meilleur moyen, c'est de constater par écrit, d'une façon ou d'une autre, la volonté du client de manière à avoir une preuve contre lui, lorsque plus tard, devenu la victime de son imprudence ou de sa négligence, il veut en reporter la faute sur le notaire.

Le notaire ne peut pas cependant se décharger de toute responsabilité en mentionnant dans l'acte notarié qu'il est dispensé de prendre et de renouveler une inscription (1). Cette clause n'est pas de nature à lier les tribunaux ; elle forme en effet une stipulation dans l'intérêt du notaire et à ce titre tombe sous le coup de la prohibition édictée par l'article 8 de la loi du 25 ventôse au XI.

Ordinairement, lorsque le notaire est dispensé de l'accomplissement des formalités de prise d'inscription, de renouvellement, etc., il le constate par une mention sur la chemise de l'acte ou sur le *registre des formalités*.

Ce registre existe dans toutes les études de Paris et dans un très grand nombre d'études des départements ; les avantages qu'il présente en propagent de plus en plus l'usage.

(1) Cass., 2 avril 1872, S. 72, 1, 109 ; Cass., 17 juillet 1872, S. 72, 1, 386.

Ce registre est à colonnes ; on y inscrit la date et l'énonciation sommaire des actes qui nécessitent l'accomplissement de quelques formalités, telles que inscriptions, subrogations et radiations, hypothécaires, significations aux débiteurs, transcriptions, purges légales, publications qui sont à opérer. L'une des colonnes rend compte de leur accomplissement ou les raisons qui l'ont empêché.

Au moyen de la tenue régulière de ce registre, l'accomplissement d'aucune formalité ne peut échapper au notaire ; si la partie le charge d'y pourvoir ou en demande l'ajournement, la mention qui en est faite sur le registre devient un élément important de preuve en faveur du notaire. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris du 20 janvier 1864 a rejeté la demande en responsabilité dirigée contre un notaire, parce que les parties avaient expressément déclaré se charger personnellement de l'accomplissement de la formalité « ainsi que cela avait été constaté à l'instant même par une mention que le notaire avait pris soin d'écrire sur l'enveloppe de la minute, et qui ensuite avait été portée par un clerc de l'étude sur le registre des formalités. »

Il est encore préférable que la partie écrive une lettre au notaire pour le dispenser de l'accomplissement des formalités hypothécaires ou pour le prier de ne les remplir que dans certaines limites.

II

Responsabilité de l'avoué

En règle générale, le mandat *ad litem* que l'avoué reçoit de son client renferme uniquement le pouvoir de faire tous les actes qui doivent conduire, en suivant la marche régulière et normale de la procédure, au dénouement de l'instance engagée.

Aussi les actes qui impliquent une dérogation quelconque aux prescriptions ordinaires du Code de procédure, excèdent-ils les limites de ce mandat.

Il est hors de doute, notamment, que le renouvellement d'une inscription hypothécaire qui peut être requis par toute personne, ne dépend pas du ministère des avoués.

Leur responsabilité n'est donc, en principe, nullement engagée par le défaut d'accomplissement d'une formalité pour laquelle ils n'ont ni vocation assignée par la loi, ni honoraire fixé par les tarifs.

Cette théorie est consacrée par de nombreux arrêts.

La Chambre des requêtes, dans un arrêt du 23 novembre 1857 (1), pose nettement le principe : « Le mandat donné à un avoué de poursuivre en justice le recouvrement d'une créance hypothécaire constitue, y est-il dit, un simple mandat *ad litem*

(1) S. 59, 1, 25.

qui emporte obligation de remplir les formalités prescrites pour la régularité de la procédure, mais n'impose pas à cet avoué l'obligation de faire sous sa responsabilité les actes conservatoires de la créance, et notamment d'en renouveler l'inscription hypothécaire. »

Cependant l'avoué peut assumer l'obligation de procéder au renouvellement d'une inscription hypothécaire, en vertu d'un mandat spécial de son client. Ce mandat constitue l'officier ministériel « *procurator ad negotia* » à l'effet de faire tous les actes extraordinaires qui peuvent être utiles aux intérêts de ses clients (1). Par conséquent l'avoué qui, par extension du mandat *ad litem*, a reçu la mission de veiller à l'affaire toute entière dont les pièces lui ont été remises et confiées, est tenu de renouveler, comme mesure conservatoire, l'inscription hypothécaire qui garantit les droits de son client.

Le mandat *ad negotia*, à la différence du mandat *ad litem*, est régi par les règles ordinaires du mandat.

Mais comment déterminer si le mandat accepté par l'avoué est plus étendu que le mandat simple *ad litem* ?

Si nous nous en rapportons aux décisions de la jurisprudence, nous nous trouvons fort embarrassé pour donner une solution à cette question. La Cour de Cassation a, en effet, suivant les espèces et les faits particuliers de chaque cause, tantôt considéré que l'avoué était en faute pour ne pas avoir renouvelé une inscription hypothécaire,

(1) Cassation Belgique, 25 avril 1845, D. P. 46, 2, 209.

tantôt admis qu'il n'y était pas obligé. La Cour de Cassation s'est prononcée récemment dans le sens de la responsabilité de l'avoué. « Bien que le mandat *ad litem*, dit en substance l'arrêt du 25 février 1891 (1), n'implique pas par lui-même pour l'avoué qui l'a accepté, d'autre obligation que de pourvoir aux actes de procédure, rentrant directement dans l'exercice de sa charge, il n'en appartient pas moins aux juges du fond de rechercher, si, eu égard aux circonstances de la cause, ce mandat n'a pas été étendu dans la commune intention des parties, à toutes les mesures nécessaires pour la sauvegarde des droits litigieux du mandant. Et à cet égard leur appréciation est souveraine. »

La Cour de Cassation en conclut que les tribunaux peuvent déclarer l'avoué responsable envers son client de n'avoir pas fait renouveler en temps utile l'inscription hypothécaire garantissant la créance dont le recouvrement lui avait été confié.

La règle formulée par l'arrêt du 25 février 1891 avait été sanctionnée plusieurs fois déjà par les tribunaux (2).

Il résulte de ces décisions qu'en principe et sauf preuve contraire le pouvoir d'agir que reçoit et accepte l'avoué, ne s'étend pas au-delà du mandat *ad litem*. Par suite ce pouvoir ne comprend pas l'obligation de renouveler l'inscription hypothécaire de son client. C'est donc à celui-ci à reporter la

(1) Pandectes françaises, 1891, 1, 301.

(2) Metz, 14 décembre 1852, S. 54, 2, 645 ; Montpellier, 8 juillet 1862, S. 62, 2, 458 ; Toulouse, 15 mai 1875, S. 75, 2, 140 ; Cass. 30 octobre 1889, S. 90, 1, 323.

preuve de l'extension du mandat aux mesures conservatoires de la créance dont l'avoué est chargé de poursuivre le recouvrement. Mais d'après ce système, il n'est pas indispensable que cette extension du mandat ait été expresse, pourvu qu'elle résulte nécessairement des circonstances que les juges du fait ont le droit d'apprécier souverainement.

La jurisprudence voit notamment un mandat tacite dans la remise des titres de créance, et elle en tire cette conséquence qu'il impose à l'avoué l'obligation de renouveler les inscriptions.

Nous ne croyons pas que les obligations des avoués aillent jusque-là. Nous estimons que, sans un mandat exprès ou une recommandation positive, l'avoué ne peut être déclaré responsable du défaut de renouvellement. En tout cas, il ne pourrait l'être que dans des cas tout-à-fait spéciaux où le soin de conserver la créance serait entièrement confié à sa vigilance. Or, la circonstance qu'il était détenteur des titres depuis un certain temps justifie-t-elle seule cette responsabilité ? Nous ne le pensons pas, ce n'est là qu'une présomption qui doit céder à la preuve contraire.

Nous préférons nous en tenir à l'autre solution adoptée par la Cour de Cassation (1) et déclarer que « le mandat donné à un avoué de recouvrer une créance, n'implique pas pour lui l'obligation de renouveler l'inscription hypothécaire qui garantissait cette créance. »

(1) Cass., 23 novembre 1857, S. 59, 1.25; Cass., 17 février 1885, S. 85, 1, 414.

Quoi qu'il en soit, le droit commun seul est applicable aux engagements que l'avoué a pu souscrire en vertu d'un mandat spécial ; et s'il se rend coupable de négligences ou d'omissions dans l'exécution de ce mandat, la responsabilité qui pèse sur lui est celle du mandataire, et non celle qui dérive des obligations attachées à sa qualité d'avoué.

Comme le mandat *ad litem* conféré à l'avoué ne comprend pas, en principe, l'obligation de renouveler l'inscription hypothécaire de son client, ce sera donc à celui-ci à rapporter la preuve de l'extension du mandat aux mesures conservatoires de la créance dont l'avoué est chargé de poursuivre le recouvrement. Les juges du fond, à qui appartient exclusivement le soin de décider si l'avoué a ou non reçu et accepté le mandat de renouveler l'inscription, doivent, en ce qui concerne la preuve de l'existence du mandat, se conformer strictement aux articles 1341, 1343, 1353, et 1985 du Code Civil.

Il est absolument contraire aux principes de décider (1) que la preuve du mandat tacite donné à l'avoué peut résulter de simples présomptions à défaut de commencement de preuve par écrit.

Nous ne rentrerons plus dans cette discussion ; les arguments que nous avons présentés à l'appui de notre opinion en examinant la responsabilité notariale doivent, pour identité de motifs, être appliqués ici.

L'avoué qui omet le renouvellement d'une inscription qu'il était chargé de faire en qualité de mandataire, ou qui le rend sans effet par suite de

(2) Agen, 18 février 1873, D. P. 74, 279.

l'inaccomplissement des formalités substantielles (1), n'encourt qu'une responsabilité éventuelle pour le cas où le défaut de renouvellement ou la nullité de l'inscription causerait préjudice au mandant. Par suite ce défaut de renouvellement ne donne pas lieu contre l'avoué à une action immédiate en garantie ; l'action en responsabilité est réservée jusqu'au jour où le préjudice qu'il a occasionné par sa faute viendrait à se réaliser (2).

En tant que mandataire, l'avoué est soumis aux obligations générales qui résultent des dispositions des articles 1992 et 1999 du Code Civil.

L'action en responsabilité ne peut être intentée contre l'avoué que par ceux qui l'ont chargé de les représenter et non par une autre partie qui se prétendrait lésée par sa faute (3).

On s'est demandé si les juges pouvaient user du pouvoir d'appréciation que leur confère l'article 1031 C. pr. civ.

Cet article permet aux juges d'arbitrer « suivant l'exigence des cas » les dommages-intérêts qui peuvent être accordés à la partie lésée, lorsqu'un acte rentrant dans les fonctions de l'avoué a été, par la faute de celui-ci, annulé ou déclaré frustratoire.

Nous croyons que l'article 1031 ne s'applique qu'aux fautes commises dans l'accomplissement du mandat *ad litem* ; par conséquent, on ne peut en faire l'application aux engagements qu'il a pu souscrire comme mandataire ordinaire.

(1) Bordeaux, 12 janvier 1887, S. 88, 2, 108.

(2) Cass. 5 janvier 1852, S. 52 1, 216.

(3) Paris, 21 janvier 1850, S. 50, 2, 295.

Il faut en conclure que les négligences ou omissions dont l'avoué peut se rendre coupable dans l'exécution de ce mandat spécial le rend responsable dans la mesure intégrale du préjudice qu'il aura causé.

III

Responsabilité de l'huissier

Les mêmes principes doivent être suivis en ce qui concerne l'huissier. Le mandat qui lui est confié, ne l'oblige uniquement qu'à procéder aux actes qui sont dans les limites de son ministère. La responsabilité de l'huissier ne peut être engagée, pour défaut de renouvellement d'une inscription si le client ne justifie pas qu'il lui a donné un mandat spécial à cet effet. L'huissier chargé de recouvrer une créance, ne peut être déclaré responsable, quand bien même il serait détenteur de la grosse du titre à l'expiration du délai de dix ans (1).

Comment régler le partage des responsabilités lorsqu'il y a plusieurs mandataires, lorsque par exemple l'avoué et l'huissier ont omis de faire le renouvellement d'une inscription auquel ils avaient été l'un et l'autre chargés de veiller.

La Cour de Cassation, dans l'arrêt du 25 février 1891 précité, répond à cette question. Cet arrêt

(1) Bourges, 13 décembre 1851, S. 54, 2, 139.

s'occupe d'une espèce où la connexité fait défaut, où par exemple aucune fraude n'a été concertée entre l'avoué et l'huissier. La Cour de Cassation déclare que dans ce cas la solidarité ne peut être prononcée. La doctrine suit la même opinion.

Mais que décider, lorsqu'il est impossible de déterminer la part distincte pour laquelle chacun des auteurs du dommage y a contribué ?

La Cour de Cassation, dans le même arrêt, déclare qu'en pareil cas les juges du fait usent de leur pouvoir souverain d'appréciation en fixant la limite de la réparation qui incombe à chacun des mandataires. Ce serait, en effet, violer les principes posés dans les articles 1202 et 1995 du Code Civil que de condamner les mandataires à la réparation du préjudice, alors qu'ils ne sont tenus des dommages-intérêts que pour une part virile.

Il nous reste à envisager une dernière hypothèse qui se présentera rarement, il faut le reconnaître. Supposons que le défaut de renouvellement provienne d'un concert frauduleux entre les officiers ministériels chargés de l'opérer, la solidarité pourra-t-elle leur être imposée pour la réparation du préjudice ?

Les auteurs sont en désaccord sur ce point.

Pour soutenir la négative, on invoque l'art. 1202 du Code Civil aux termes duquel « la solidarité ne se présume pas, il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi. » Or, aucune loi ne prononce la solidarité pour les quasi-délits. L'art. 55 du

Code pénal déclare tenus solidairement les auteurs d'un même crime ou d'un même délit, mais cet article ne s'applique pas aux quasi-délits pour lesquels la loi ne prononce aucune autre peine que les dommages-intérêts (1). Et dans cette circonstance les faits qui servent de base à l'action en dommages-intérêts, bien qu'ils soient dolosifs ou frauduleux, ne donnent lieu qu'à l'action civile résultant des art. 1382 et 1383 du Code Civil.

L'opinion contraire nous paraît préférable.

La solidarité doit être également admise entre les auteurs d'un même quasi-délit comme en matière de délit pour cette raison bien simple que sans le concours des officiers ministériels qui sont responsables du défaut de renouvellement, il n'y aurait pas eu de préjudice causé. Les auteurs du fait dommageable auquel ils ont participé de concert, sont solidairement tenus de le réparer, puisque chacun d'eux est censé être la cause unique du dommage. La réparation due à la partie lésée constitue un objet indivisible.

La solidarité se forme donc en pareil cas sans convention et résulte de la nature même et de la force des choses (1).

Cette opinion est généralement admise en jurisprudence.

(1) Toullier, Droit civil français, tome XI, n° 151; Duranton, tome XI, n° 194; Marcadé, sur l'art. 1202.

(1) Sourdat. Traité de la responsabilité, tome I, p. 721, n° 704.

CHAPITRE VI

Formalités à remplir pour le renouvellement des inscriptions

Quelles sont les formalités à remplir pour le renouvellement des inscriptions? La loi ne le dit pas. Aussi ne faut-il pas s'étonner que le silence gardé par l'article 2154 ait fait naître plusieurs difficultés.

On s'est demandé tout d'abord si le créancier qui voulait opérer le renouvellement d'une inscription, devait représenter au conservateur des hypothèques, par application de l'art. 2148, le titre de la créance en vertu duquel l'inscription primitive a été prise?

Le conservateur des hypothèques peut se refuser à porter l'inscription sur ses registres, si le titre ne lui est pas représenté, mais cette formalité n'est pas une condition substantielle de la validité de l'inscription. En effet, si le conservateur cède à la réquisition d'un créancier qui veut faire opérer l'inscription sans représenter le titre, l'inscription n'est pas annulable par cela seul que le titre n'a pas été représenté. C'est l'avis qui prévaut en doctrine et en jurisprudence. Et il s'explique d'autant plus

que cette production du titre sert tout simplement à éclairer le conservateur sur l'existence apparente du privilège ou de l'hypothèque dont l'inscription est requise, sans présenter aucun intérêt pour les tiers.

Si donc la production du titre, même lorsqu'il s'agit de l'inscription de l'hypothèque, n'est pas une condition nécessaire à la validité de l'inscription, à plus forte raison ne l'est-elle pas quand il s'agit du renouvellement. C'est pourquoi le conservateur ne peut pas se refuser à opérer le renouvellement d'une inscription, pour le motif que le titre n'est pas produit. Le conservateur a dû être suffisamment édifié sur l'existence de l'hypothèque lors de l'inscription primitive; il ne peut plus douter que la réquisition faite dans le but d'obtenir le renouvellement ne soit fondée sur un titre, par conséquent il n'a plus aucun motif pour en exiger la représentation.

La cour de Colmar n'avait pas admis notre opinion, mais sa décision avait été cassée par la Cour de Cassation (1).

L'administration de l'Enregistrement, dans une première instruction en date du 11 septembre 1806, avait d'abord pensé que le créancier était tenu de représenter son titre lors du renouvellement. Cette prescription était seulement imposée pour les créances postérieures à la loi du 11 brumaire an VII; car la Régie ne pouvait exiger la production du titre pour les créances antérieures à cette loi qui n'étaient pas soumises à cette formalité, lors de l'inscription

(1) Cass. 14 Avril 1817, S. 17, 1, 206.

primitive. En 1834, l'administration dut abandonner ses prétentions et se rallier au système unanimement suivi en doctrine et en jurisprudence (1).

Dans son instruction du 2 avril 1834 (2) on peut lire : « Quant au renouvellement d'inscription, la représentation des titres de créance n'étant pas prescrite par l'article 2154, les conservateurs ne sont pas fondés à l'exiger. Ils peuvent en conséquence se dispenser de requérir les titres, quelle que soit leur date ».

Si le créancier n'est pas forcé de présenter le titre de la créance, il doit, pour renouveler, déposer au bureau des hypothèques les deux bordereaux prescrits par l'art. 2148.

On s'est demandé si le créancier pouvait, sans contravention à la loi du timbre, écrire en marge ou à la suite de l'expédition du titre un des deux bordereaux de renouvellement, bien que cette expédition contint déjà le bordereau de l'inscription primitive ?

Aux termes de l'art. 23 de la loi du 13 brumaire an VII, il ne peut être fait ni expédié deux actes à la suite l'un de l'autre sur la même feuille de papier timbré. Il a été dérogé à cette disposition par l'art. 2148 C. Civ., aux termes duquel on peut porter sur l'expédition du titre de la créance un des deux bordereaux qui doivent être présentés au conservateur pour opérer l'inscription hypothécaire.

(1) Paris, 27 décembre 1831, S. 32, 2, 49.

(2) S. 34, 2, 373.

Fallait-il étendre au cas de renouvellement la disposition exceptionnelle de l'art. 2148 ? Les uns prétendaient que l'article 2148 le permettant pour l'inscription primitive, il y avait un argument à fortiori pour le permettre dans le cas de renouvellement. D'autres, au contraire, affirmaient qu'on devait interpréter dans un sens défavorable au créancier le silence gardé par l'art. 2154 sur ce point, et qu'en tout cas on ne pouvait étendre le bénéfice de cette exception à une hypothèse qui n'avait pas été prévue par le législateur.

La jurisprudence, en n'exigeant pas la production du titre lors du renouvellement, paraissait admettre la seconde opinion, puisqu'elle reconnaissait par là même que l'art. 2148 n'était pas applicable au renouvellement.

Une circulaire de l'administration, en date du 12 juin 1863, vint trancher cette controverse. La régie la résolut affirmativement et appuya sa décision sur les considérations suivantes qu'il est intéressant de rapporter : « L'art. 2154 du Code Civil qui prescrit le renouvellement des inscriptions avant l'expiration du délai de dix ans, pour conserver les privilèges et hypothèques, garde le silence sur la forme de ce renouvellement. On doit en induire qu'il se réfère, à ce sujet, aux dispositions de l'art. 2148. En permettant, d'ailleurs, de porter un des bordereaux sur l'expédition du titre, le législateur paraît avoir voulu que le créancier eût sur la même pièce le titre constitutif de l'hypothèque et la preuve de l'inscription. Il n'y a aucune raison pour refuser cet avantage au créancier

lorsqu'il requiert une inscription en renouvellement. » (1)

Quelles énonciations doivent contenir les deux borderaux ? Doivent-ils contenir toutes les énonciations exigées par l'art. 2148 ?

Cette question est très controversée, principalement en doctrine. Elle a donné lieu à deux systèmes que nous allons successivement examiner.

Premier système. — Les bordereaux de renouvellement doivent contenir, à peine de nullité, toutes les énonciations qui étaient nécessaires pour la validité de l'inscription primitive.

En effet, « *renouveler*, dit Merlin (2), c'est *faire de nouveau*... D'après cette définition, il est clair que les mots renouveler une inscription sont synonymes de prendre une inscription nouvelle ; et dès lors nul doute que le renouvellement d'une inscription ne doive être fait dans les mêmes formes et contenir les mêmes énonciations que l'inscription première. »

Grenier (3) n'est pas moins formel. « Pour que le renouvellement de l'inscription se fasse avec effet, on sent, dit cet auteur, qu'il faut une nouvelle inscription qui, comme la première, fasse connaître tout ce que la loi exige ; en sorte que les formes de l'inscription nouvelle doivent être les mêmes que la première. »

Cette opinion est partagée par Persil et Martou.

(1) S. 64, 2, 312; Garnier : Rep. gén. de l'enreg., n° 390; Clerc : Tr. de l'enreg., n° 670.

(2) Réper. Inscr. hyp., § VIII bis, n° 12.

(3) Tome I, n° 117.

Elle est rigoureuse, nous dit Laurent, mais elle est conforme aux principes. Une inscription renouvelée est une inscription ; or, il n'y a pas deux espèces d'inscriptions ; d'après les textes il n'y en a qu'une seule, et l'art. 2148 détermine les formes qui doivent être observées (2).

Si on admet l'opinion contraire, il faut, pour être logique, dire qu'il n'y a pas de formes prescrites pour le renouvellement, sauf celles qui résultent de l'article 2154. Ceci revient à dire que l'inscription nouvelle doit seulement contenir la mention qu'elle a été prise en renouvellement de l'inscription faite sur le registre du conservateur à telle date ; il est évident qu'une telle mention ne peut être assimilée à une inscription.

Une inscription prise en renouvellement doit donc en principe contenir tous les éléments substantiels d'une inscription. Il ne suffit pas, en effet, que l'inscription prise en renouvellement se réfère clairement à l'inscription primitive, sans qu'il soit besoin que les mentions contenues dans celles-ci s'y retrouvent intégralement reproduites. L'inscription nouvelle doit pouvoir s'isoler de la première, et contenir à elle seule tous les renseignements que les tiers ont intérêt à connaître.

Comme la loi ne peut se montrer plus exigeante pour l'inscription prise en renouvellement que pour l'inscription primitive, il faut reproduire la distinction que font les commentateurs à propos de l'article 2148, entre les énonciations *substantielles* et les

(2) Laurent. XXXI, p. 100 ; Persil, sur l'art. 1154, n° 11 ; Martou, III, 1146.

énonciations *secondaires*. Les unes sont considérées comme essentielles à la réalisation du principe de la publicité et de la spécialité ; les autres, au contraire, n'intéressent ces principes que d'une manière indirecte. Par suite, si une irrégularité a été commise dans une inscription prise en renouvellement, elle ne saurait être une cause de nullité que si, commise dans l'inscription primitive, elle eût encouru cette sanction.

Le principe en vertu duquel les énonciations exigées par les articles 2148 et 2153 sont également prescrites pour les inscriptions prises en renouvellement, a été consacré par la Cour de cassation dans deux arrêts qui sont aussi formels que possible. Dans un premier arrêt de rejet du 14 janvier 1818, la Chambre civile a décidé que le défaut de mention du titre originaire dans une inscription prise en renouvellement entraîne la nullité. Dans un second arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 4 avril 1849 (1), la Cour de cassation a posé en principe « que l'inscription nouvelle doit porter toutes les énonciations de l'inscription ancienne et en tenir lieu ». Ajoutons que l'adoption du système contraire produirait dans la pratique de sérieux inconvénients ; en outre, comme l'a très bien dit la Cour de Cassation dans son arrêt de 1849, « le but que s'est proposé l'article 2154 serait manqué et sa disposition serait sans objet. »

Le législateur, en édictant l'obligation du renouvellement des inscriptions, a été évidemment guidé par des motifs divers, mais on ne peut nier qu'il

(1) J. Pal. 1849, 1, 643.

n'ait voulu principalement éviter au conservateur la nécessité de faire dans de nombreux registres des recherches toujours difficiles et douteuses.

D'après les instructions données par l'administration, le conservateur ne doit relater dans les états qui lui sont demandés que les inscriptions en renouvellement ; il ne peut délivrer les inscriptions originaires que s'il y a réquisition expresse des parties sur ce point. Si l'inscription nouvelle ne doit pas contenir toutes les énonciations prescrites par l'inscription primitive, les états d'inscription, au lieu de renseigner les personnes intéressées, les induiront en erreur. Et si les tiers, qui ont intérêt à être renseignés d'une manière complète, obligent le conservateur, quand des états lui sont réclamés, à se référer aux inscriptions antérieures, que devient alors l'utilité du renouvellement ? Au surplus, si l'on suppose qu'il s'agisse, par exemple, d'un troisième ou d'un quatrième renouvellement, comment les intéressés feront-ils pour se reconnaître dans les états embrouillés que leur délivrera le conservateur ?

Il peut encore arriver que le renouvellement soit opéré tardivement et que l'inscription n'ait plus rang qu'à sa date. En pareil cas, si on admet le système contraire, l'inscription sera valable sans cependant contenir les énonciations exigées par l'article 2148 ; un tel résultat est-il admissible ?

SECOND SYSTÈME. — Les bordereaux de l'inscription prise en renouvellement ne doivent pas contenir toutes les mentions prescrites pour une inscription originaire. Il suffit que l'inscription

première renferme toutes ces indications, puisque les tiers peuvent y recourir et que, d'ailleurs, l'inscription nouvelle les y renvoie expressément.

Les partisans de ce système très nombreux dans la doctrine, partent de cette idée que l'inscription, par cela même qu'elle est prise en renouvellement, se référera à celle qu'elle a pour objet de conserver et de continuer (1). Ils tiennent le raisonnement suivant : Ou bien la nouvelle inscription se réfère d'une manière précise à l'ancienne ; dans ce cas, les tiers, en la consultant, ne sont point trompés, ils ne peuvent s'empêcher de reconnaître que l'inscription prise en renouvellement n'est qu'une inscription continuée. Il importe peu que l'inscription nouvelle ne contienne pas les énonciations exigées pour l'inscription originale ; les prescriptions du législateur qui entend sauvegarder par des mesures de publicité l'intérêt des tiers, ne sont nullement violées.

Ou bien la nouvelle inscription ne se réfère pas à l'inscription originale. Dans ce cas il est absolument nécessaire pour les tiers qui ne peuvent consulter que l'inscription prise en renouvellement, que celle-ci contienne tous les éléments constitutifs de la publicité hypothécaire.

La jurisprudence paraît avoir adopté définitivement ce système.

Cette jurisprudence est dominée par un arrêt de la Cour de cassation du 22 février 1825 (2), qui déclare

(1) Troplong, III, n° 715 ; Aubry et Rau, III, § 280, p. 383 ; P. Pont, II, n° 1052.

(2) S. 25, 1, 178.

valable le renouvellement d'inscription n'indiquant ni la date, ni la nature du titre constitutif, parce que mention suffisante en avait été faite dans l'inscription primitive. « Considérant....., dit cet arrêt, que l'art. 2154 n'exige pas que le renouvellement soit accompagné de toutes les énonciations exigées par l'article 2148 pour la validité de l'inscription primitive ; qu'il eut été d'autant plus inutile de l'exiger que ces énonciations existent déjà sur le registre public du conservateur, et qu'il est toujours indispensable de recourir à l'inscription qui est dite renouvelée, afin de s'assurer si elle existe réellement, si elle a la date qu'on lui assigne, si elle a été régulièrement opérée.

La cour de cassation, dans un arrêt du 9 février 1891 (1), décide « que l'erreur sur la désignation du créancier dans un acte de renouvellement d'inscription hypothécaire, ne peut être considérée comme un vice substantiel de cet acte, alors que l'inscription primitive à laquelle l'inscription renouvelée se référerait, était tout-à-fait régulière, et que les énonciations y contenues avaient suffi pour renseigner les tiers, qui n'avaient pu ainsi éprouver aucun préjudice. »

Autour de ces arrêts, nous citerons des arrêts de Cours d'Appel, antérieurs ou postérieurs, qui sont animés du même esprit.

La Cour de Bourges avait, le 28 décembre 1816, (S. chron.) décidé qu'une inscription prise en renouvellement n'était pas nulle pour défaut d'énonciation du titre et de l'exigibilité de la créance, si la première

(1) Pandectes françaises, 1891, 1, 297.

inscription était explicite sur ces deux points.

La Cour de Grenoble, par arrêt du 9 janvier 1827 (1), a validé une nouvelle inscription, qui indiquait une date inexacte pour le titre de créance, alors que la première inscription énonçait la date véritable.

Plus récemment la Cour d'Agen, dans un arrêt du 7 février 1861, et la Cour de Metz, dans un arrêt du 22 janvier 1862, ont décidé que l'inscription prise en renouvellement ne devait pas nécessairement contenir une élection de domicile, s'il y en avait une dans la première inscription (2).

La Cour de Rennes, dans un arrêt du 21 juillet 1888 (3), décide « que l'inscription, en tant qu'opérée en renouvellement d'une inscription antérieure, fût-ce une inscription d'office, ne doit pas contenir rigoureusement toutes les mentions exigées par l'art. 2148; il suffit qu'elle se réfère à l'inscription renouvelée et que celle-ci soit régulière. »

Un arrêt de la Cour d'appel de Douai, en date du 27 décembre 1892, a réformé un jugement du Tribunal civil d'Arras, en date du 25 mai 1892, qui avait décidé que l'élection de domicile était nécessaire dans le bordereau de renouvellement.

« Pour la validité du renouvellement, porte l'arrêt de la Cour de Douai, il suffit de rappeler l'inscription primitive et d'indiquer que l'inscription nouvelle est prise en renouvellement d'une première inscription sans aucune autre mention. Les tiers, en présence d'un renouvellement, doivent se reporter

(1) S. 27, 2, 216.

(2) J. Pal. 1862, 61; 1862, 258.

(3) Pandectes françaises, 1888, 2, 327.

à l'inscription primitive ; la régularité de celle-ci entraîne la régularité du renouvellement. » Il résulte donc de ces nombreuses décisions de jurisprudence « que le renouvellement d'inscription conserve utilement à sa date l'inscription renouvelée par le fait seul de son énonciation dans le bordereau en renouvellement (1). Il suffit que les tiers, sur la vue de l'inscription en renouvellement, ne puissent ignorer l'existence de l'inscription renouvelée.

Ce système a, dit-on, cet avantage que le créancier ne risque pas de perdre son rang, si son bordereau contient des omissions. On ajoute qu'il favorise notre crédit hypothécaire, puisqu'il tend à diminuer les causes de nullité des inscriptions.

Nous croyons cependant devoir donner la préférence au premier système qui nous paraît s'inspirer davantage de l'esprit de la loi. Ce système est d'ailleurs le seul qui soit suivi en pratique. Il est d'un usage constant de donner au bordereau de renouvellement exactement la même forme qu'au bordereau originaire, et d'y introduire les mêmes énonciations que pour l'inscription primitive.

Il nous reste une question importante à examiner. Est-il nécessaire, pour renouveler valablement une inscription, d'exprimer dans la nouvelle, qu'elle est prise en renouvellement d'une précédente ou au moins d'y faire mention de celle-ci ?

La question est restée longtemps controversée, mais la jurisprudence admet aujourd'hui l'affirmative.

Quelques auteurs persistent cependant à croire

(1) Tribunal de Dijon, 23 décembre 1891.

que ni la lettre, ni l'esprit de la loi, pas plus que l'intérêt des tiers n'exigent dans le renouvellement la mention de l'inscription primitive.

L'article 2154 demande, pour que l'inscription primitive conserve son effet, qu'elle soit renouvelée dans les dix ans, c'est-à-dire prise à nouveau ; il ne dit pas que la seconde inscription doive mentionner et rappeler la première. On ne peut donc considérer cette mention comme une formalité substantielle, et surtout faire de son absence une cause de nullité. Prononcer une déchéance pour un défaut de mention que la loi n'a pas prescrite, c'est créer une loi, ce n'est pas l'appliquer. Si le législateur avait eu l'intention formelle d'insérer cette nouvelle formalité dans l'art. 2154, il n'aurait pas manqué d'y ajouter ces mots : Il sera fait mention du renouvellement.

C'est en vain qu'on invoquerait l'esprit de la loi pour suppléer à la lettre.

L'intérêt des tiers, ajoute-t-on, ne peut même pas être lésé par suite de ce défaut de mention.

Troplong (1) en donne l'explication suivante : Les créanciers qui se sont fait inscrire dans l'intervalle écoulé entre les deux inscriptions n'ont pas pu, dit-il, éprouver de préjudice, quand on faisait remonter l'effet de la seconde inscription à la date de la première, puisqu'au moment où ils s'étaient inscrits, ils savaient qu'ils étaient primés par celle-ci. Quant aux créanciers dont l'inscription est postérieure à l'inscription nouvelle, peu leur importe

(1) Troplong, III, n° 715.

qu'ils soient primés par la première inscription ou par l'inscription renouvelée.»

« Assurément, dit M. Flandin (1), s'il pouvait résulter un préjudice quelconque, pour les tiers, du défaut de mention de l'inscription originelle dans l'inscription de renouvellement, il faudrait, sans hésiter, déclarer que la nouvelle inscription ne peut valoir que comme première inscription, et à sa date, aucun lien ne la rattachant à l'ancienne ; mais nous avons beau passer en revue, dans notre esprit, toutes les hypothèses possibles, nous n'en apercevons aucune où les tiers, soit ceux qui ont contracté avec le débiteur depuis la première inscription, soit ceux qui n'ont contracté avec lui que depuis la seconde, aient un préjudice à éprouver de ce que cette dernière ne mentionnerait pas qu'elle est prise en renouvellement d'une inscription antérieure. »

Quelques partisans de ce système vont encore plus loin : ils ajoutent que même les tiers, s'ils étaient induits en erreur, ne devraient s'en prendre qu'à leur propre imprudence ; ils auraient eu le tort, disent-ils, de ne pas se faire délivrer un état complet des inscriptions et de ne pas vérifier à la fois les inscriptions renouvelées et les inscriptions qui n'avaient d'effet que du jour de leur date.

La publicité des registres hypothécaires, ajoutent-ils, n'a pas d'autre objet que de remédier à cet inconvénient ; elle a été établie dans le but d'avertir les tiers qu'il ne doivent pas s'arrêter à la vue d'une

(1) Flandin, *Traité des hypothèques*, cité par Dalloz, *Priv. et Hyp.*, n° 1662.

seule inscription, mais qu'ils doivent au contraire rechercher s'il n'y en a pas d'antérieures (1).

La majorité des auteurs (2) combat cette opinion qui est, du reste, abandonnée définitivement par la jurisprudence.

La Cour de Cassation (3) s'est toujours prononcée pour la nécessité de la mention de l'ancienne inscription. Une inscription qui ne mentionne pas la précédente, n'en est pas le renouvellement, mais une inscription première qui ne vaut que par elle-même et à sa date. C'est là l'interprétation qui se présente naturellement à l'esprit et celle qui, en fait, est constamment suivie dans la pratique.

Aux termes de l'art. 2154, prendre une nouvelle inscription sans se référer à l'ancienne, ce n'est pas renouveler cette dernière, car le renouvellement n'a d'autre objet que de proroger l'effet de l'inscription antérieure qui ne forme ainsi avec la nouvelle qu'une seule et même inscription. Par conséquent, il est nécessaire de montrer aux tiers le lien qui unit ces deux inscriptions en rappelant la date de l'inscription primitive, afin qu'ils puissent s'assurer si elle existe réellement, si elle remonte à l'époque qu'on lui assigne et si elle a été régulièrement opérée.

Lorsqu'aucune mention n'identifie les deux ins-

(1) Limoges, 14 avril 1848, S. 48, 2, 539; Montpellier, 26 février 1852, S. 55, 2, 26.

(2) Grenier, t. I, n° 117; Duranton, t. XX, n° 169; Aubry et Rau, III, par. 280.

(3) Cass. 29 août 1838, 25 janvier 1853, 16 février 1864, S. 38, 1, 769; 53, 1, 423; 64, 1, 289; Agen, 22 janvier 1861, S. 61, 2, 538; Aurillac, 11 août 1882, D. P. 85, 2, 229.

criptions, il devient alors impossible pour les tiers de deviner qu'il s'agit d'un renouvellement, et que le rang de l'hypothèque remonte à une époque bien antérieure à la date de l'inscription qui se présente à eux comme unique, isolée, indépendante de toute autre préexistante. Accorder à une pareille inscription la date de l'inscription primitive à laquelle rien ne la rattache d'une manière saisissable, ce serait tromper les tiers et renverser le système de publicité qui forme la principale base du régime hypothécaire.

On ne peut soutenir qu'en exigeant dans la nouvelle inscription une mention de l'ancienne, on crée une nullité qui n'est pas prononcée par la loi; en effet, ce n'est point là une nullité provenant de l'inaccomplissement d'une formalité, mais plutôt une véritable absence de l'acte lui-même, c'est-à-dire du renouvellement que l'on veut opérer. Notre système ne crée point une nullité de procédure; il interprète l'article 2154 dans le sens du fond du droit et non dans le sens de la forme.

D'ailleurs c'est une règle admise en matière de crédit public, que même dans le silence des textes, il faut se prononcer en faveur de la publicité.

On objecte vainement que le défaut de rappel des inscriptions primitives ne peut préjudicier à personne. Nous n'aurons pas de peine à prouver qu'il peut induire en erreur, non seulement les tiers, mais encore les créanciers inscrits. Le défaut de mention de l'inscription renouvelée rend le certificat du conservateur incomplet, il cesse d'être l'expression fidèle de la situation hypothécaire et doit

tromper tous ceux qui en feront la base de leurs transactions.

M. Pont (1) fait remarquer très justement que le défaut de mention, dans la seconde inscription, qu'elle est prise en renouvellement de la première, pourrait tromper un cessionnaire à qui on aurait cédé une créance inscrite. Le cessionnaire supposera naturellement que l'inscription inscrite avant le renouvellement prime une inscription postérieure à celle de son cédant, si, dans cette inscription, on ne mentionne nullement qu'elle est prise en renouvellement d'une inscription plus ancienne.

Ce défaut de mention pourrait également tromper « un débiteur de prix de vente qui paierait les créanciers inscrits sur la foi et dans l'ordre du certificat du conservateur et verrait plus tard cet ordre renversé par les inscriptions ainsi renouvelées sans mention » (2). Nous pouvons ajouter que les créanciers inscrits dans l'intervalle compris entre l'inscription première et celle qui ne mentionne pas qu'elle est prise en renouvellement de la précédente, pourraient eux-mêmes être entretenus dans une erreur qui souvent leur serait fatale. Parfois, en effet, comptant qu'une inscription qui les primait d'abord est actuellement périmée, ils pourraient juger inutile d'exiger le remboursement immédiat de créances exigibles.

D'autres fois, ils pourraient laisser périmer eux-mêmes des inscriptions prises par eux dans un

(1) N° 1053.

(2) Lyon, 10 janvier 1844, J. Pal. 1844, t. 2, p. 538.

autre arrondissement, parce qu'ils se jugeraient maintenant suffisamment garantis par une inscription dont le rang leur paraîtrait s'être amélioré. Souvent, enfin, à la suite d'une vente volontaire, ils auraient jugé utile de surenchérir, croyant venir en rang utile sur le prix déclaré, à raison de la péremption d'une inscription qui, originairement, les primait.

En matière hypothécaire, les créanciers ne se doivent rien les uns aux autres. Tout doit s'interpréter strictement; tant pis, par conséquent, pour le créancier qui ne s'est pas conformé aux prescriptions de la loi. Les autres créanciers ne sont tenus de respecter le rang de celui-ci, qu'autant qu'il a fait tout ce que la loi lui commandait de faire pour le conserver. S'il n'a pas rempli les formalités imposées par la loi, les autres créanciers profitent tout naturellement de sa négligence, sans qu'on puisse leur imputer de manquer à la bonne foi ni même à la délicatesse. C'est là une vérité dont les partisans du premier système, il nous semble, ne se sont pas assez pénétrés.

Nous pouvons ajouter que les tiers qui se proposent de traiter avec un débiteur, ont le plus grand intérêt à savoir « depuis quel temps son crédit est atteint, ses immeubles grevés, de savoir dans tel cas donné, que plus de dix ans se sont écoulés sans qu'il ait pu se libérer d'obligations hypothécaires dont l'inscription a dû par suite être renouvelée. Tels consentiront à être prêteurs en présence d'inscriptions récentes qu'expliquera une récente entreprise, qui ne le seraient point devenus, s'ils avaient

su avoir affaire à des biens depuis longtemps grevés » (1).

L'opinion que nous soutenons avec la majorité des auteurs, a été consacrée législativement en Belgique par la loi sur le régime hypothécaire dont l'art. 90 déclare expressément « que l'inscription en renouvellement ne vaudra que comme inscription première, si elle ne contient pas l'indication précise de l'inscription renouvelée. »

Nous venons de voir que le renouvellement d'une inscription doit, pour produire tous ses effets, mentionner l'inscription renouvelée. A défaut d'énonciation à cet égard, l'inscription renouvelée n'a d'effet que comme inscription première, et laisse tomber en péremption l'inscription renouvelée.

Ce principe étant admis, il semble exact de décider avec le tribunal de Perpignan (2) que *l'erreur commise dans la désignation de l'inscription renouvelée équivaut au défaut de mention*, surtout si cette erreur a pu tromper un créancier postérieur et lui faire penser qu'en renouvelant sa propre inscription, il conservait une hypothèque ayant la priorité sur celle de son concurrent.

Les faits de la cause justifient pleinement, dans l'espèce, la décision du tribunal de Perpignan. M. Fabre, lorsqu'il a renouvelé, le 19 septembre 1879, son inscription du 6 octobre 1869, pouvait croire, au vu des registres du conservateur, qu'il était le premier en date, puisque le renouvellement

(1) Revue pratique de droit français, Ballot, I, 459.

(2) 16 mars 1885, Répertoire pratique du notariat, n° 15, juin 1889.

opéré le 7 décembre 1878, à la requête de M. Tarbouriech, se référait à une inscription antérieure du 11 octobre 1869, bien que cette inscription eût été réellement prise le 11 janvier 1869. Il a pu, dès lors, trompé par cette indication, croire sa créance en sûreté, comme étant suffisamment garantie par une première hypothèque, et peut-être a-t-il négligé, grâce à cette erreur, de se prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur. Il était donc juste de lui donner, dans l'ordre qui s'est ouvert, la préférence sur l'autre créancier, qui n'avait pas pris, pour la conservation de ses droits, toutes les mesures que la loi prescrit, et qui sont la conséquence du principe de publicité sur lequel repose l'organisation de notre régime hypothécaire.

Un jugement du tribunal de Dijon du 23 octobre 1891 décide cependant « qu'une inscription prise en vertu d'un acte de subrogation vaut renouvellement, dès lors qu'elle se réfère à l'inscription primitive et qu'elle rappelle le titre constitutif de la créance dans les droits de laquelle l'inscrivant a été subrogé, alors même qu'elle ne mentionnerait pas expressément qu'elle est prise en renouvellement. »

L'inscription prise en vertu de la subrogation présentait, dans l'espèce, tous les caractères d'un renouvellement; le bordereau était rédigé d'une manière tellement précise que le défaut de mention ne pouvait induire les tiers en erreur. C'est ce qui explique la décision rendue par le tribunal de Dijon qui est en désaccord avec les principes.

Lorsque l'inscription primitive remontant à une

date ancienne, a été renouvelée plusieurs fois, est-il nécessaire que l'inscription prise en dernier lieu mentionne tous les renouvellements successifs ?

Nous croyons qu'il n'est pas nécessaire de mentionner l'inscription primitive, du moment que les inscriptions intermédiaires s'y réfèrent. Il suffit de mentionner l'inscription à renouveler et qui est « *immédiatement antérieure*. » En l'absence d'un texte formel, il ne convient pas de se montrer trop rigoureux, d'autant plus que la mention de la dernière inscription suffit pour donner l'éveil aux tiers. Les intérêts des tiers sont suffisamment sauvegardés, dès lors que ces tiers peuvent au moyen des diverses mentions de rappel, remonter la série des inscriptions successives. Laurent et Martou (1) partagent cette opinion qui semble prévaloir en jurisprudence.

Un arrêt de la cour de Paris, du 6 août 1868 (2), décide que le vœu de la loi est rempli, s'il est expliqué que l'inscription dont le renouvellement est spécialement mentionné, en renouvelait elle-même de plus anciennes.

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 6 juillet 1881 (3), se prononce très catégoriquement dans le même sens.

« Attendu, dit cet arrêt, que s'il est constant, en droit, qu'à défaut de mention de l'inscription originaire dans l'inscription prise en renouvelle-

(1) Laurent, XXXI, n° 118 ; Martou, III, n° 1145 ;

(2) S. 69, 2, 13

(3) S. 82, 1, 455.

ment, celle-ci ne vaut que comme inscription première, l'ancienne tombant en péremption, on ne saurait étendre cette règle d'interprétation au-delà de ce que commandent les nécessités de la publicité hypothécaire ; qu'en effet, lorsque les mentions contenues dans chaque inscription prise en renouvellement se réfèrent à celles de l'inscription précédente en remontant ainsi jusqu'à l'inscription primitive, ces indications sont suffisantes pour faire connaître aux intéressés le lien qui rattache l'une à l'autre les inscriptions successives, et empêcher que les tiers soient induits en erreur sur la véritable situation hypothécaire de l'immeuble qui leur est donné en garantie. »

Le tribunal de Blois, dans un jugement du 9 mai 1889 (1), a cependant décidé que l'inscription prise en renouvellement d'une inscription déjà renouvelée devait, pour valoir à la date de l'inscription originaire, mentionner non seulement l'inscription renouvelée, mais encore celle prise à l'origine, et qu'à défaut de cette mention, elle ne prenait rang qu'à la date du renouvellement.

Cette décision est isolée en jurisprudence, et nous ne croyons pas qu'elle soit destinée à prévaloir.

Faisons remarquer toutefois qu'il est d'usage dans la pratique d'indiquer toutes les inscriptions antérieures.

En général, dans les bordereaux de renouvellement, on reproduit exactement l'inscription qu'il

(1) Journal de l'enregistrement et des domaines, année 1889, art. 23280.

s'agit de renouveler et on termine par la clause suivante :

« La présente inscription est requise tant pour valoir à sa date comme inscription nouvelle qu'en renouvellement de celle prise au même bureau d'hypothèques, le volume numéro ».

Si l'inscription prise en renouvellement en renouvelle elle-même plusieurs autres, on ajoute à la fin du bordereau :

« Cette inscription est requise tant pour valoir à sa date comme inscription nouvelle que pour faire suite et servir de renouvellement à une précédente prise au même bureau le volume numéro qui renouvelait elle-même les inscriptions des (on énonce alors les dates volumes et numéros de chacune des inscriptions prises depuis que la créance existe).

La rédaction des bordereaux faite dans ces conditions procure aux tiers qui se font délivrer un état par le conservateur, un avantage précieux, celui d'avoir un relevé complet et exact de la situation hypothécaire.

Les officiers ministériels chargés d'opérer le renouvellement d'une inscription ont, en outre, l'habitude de mentionner dans les bordereaux, non seulement le titre constitutif de la créance, mais encore tous les autres actes qui ont pu modifier la convention primitive ou constater les changements survenus dans la situation des parties. Ils font, en quelque sorte, l'exposé historique de la créance, depuis son origine jusqu'au jour où le renouvellement est requis.

Ainsi, par exemple, si au lieu de renouveler l'inscription au profit du créancier primitif, on la renouvelle au profit d'un cessionnaire, on énonce l'acte de transport à la suite de l'acte en vertu duquel on a pris l'inscription primitive, et on termine le bordereau de la manière suivante :

« La présente inscription est requise tant pour valoir à sa date comme inscription nouvelle qu'en renouvellement de celle prise contre M. au profit de M. le volume numéro »

Si l'inscription est renouvelée au profit d'un héritier du créancier contre la succession du débiteur on rédige le bordereau de la manière suivante :

Inscription d'hypothèque conventionnelle est requise au bureau des hypothèques de

Au profit de :

(On établit ici les qualités héréditaires de l'héritier du créancier).

Contre :

La succession de M., décédé à ; ladite succession représentée par

(On énonce alors les noms et qualités des héritiers du débiteur.)

Pour le surplus on reproduit l'ancien bordereau et on termine par la clause citée plus haut.

Quant aux inscriptions d'office, elles sont libellées sur un registre spécial et ne sont constatées que par une mention mise en bas de l'expédition transcrite ; mais pour le renouvellement, le créancier est tenu de faire des bordereaux en la forme ordinaire.

Le défaut de mention, dans les bordereaux de

renouvellement des divers actes, qui ont modifié le titre constitutif de la créance, peut, dit-on, causer parfois préjudice aux tiers. C'est pourquoi quelques praticiens, tout en reconnaissant que dans une inscription en renouvellement, la mention des inscriptions antérieures à celle qui précède immédiatement n'est pas exigée, prétendent que ces inscriptions antérieures ne sauraient être opposées aux tiers, lorsque le dernier renouvellement ne faisait pas connaître les précédents titres et qu'il ne leur a pas été ainsi possible de supposer l'existence de ces inscriptions.

Constatons que la loi belge de 1851 a adopté notre solution en ce qui concerne le rappel des inscriptions antérieures. Elle porte, en effet, dans son article 90, qu'il suffit de mentionner l'inscription renouvelée dans l'inscription en renouvellement, sans qu'il soit nécessaire « d'y rappeler les inscriptions précédentes ».

La mention de renouvellement sur les registres du conservateur doit-elle être faite dans le corps même de la nouvelle inscription, ou bien suffit-il que le conservateur indique, *par une note en marge* de celle-ci, qu'elle n'est que le renouvellement d'une inscription antérieure ?

La Cour de cassation, dans un arrêt du 3 février 1819 (1), a décidé que la note marginale du conservateur suffisait pour compléter une inscription dans laquelle on avait omis de mentionner l'inscription originale. L'espèce était la suivante : Le sieur Chapet avait pris le 8 février 1809 une inscription

(1) S. 1819, 1, 245.

dont l'objet était d'empêcher la péremption de celle qu'il avait prise le 27 prairial an VII, mais il avait oublié de mentionner dans le bordereau qu'il prenait l'une en renouvellement de l'autre. Les créanciers postérieurs, inscrits dans l'intervalle du 27 prairial an VII au 8 février 1809, prétendaient que l'inscription du 27 prairial an VII était périmée. Le conservateur avait cependant pris la liberté d'ajouter sur son registre, en marge de la seconde inscription, les mots : *renouvellement d'hypothèque, vol. 4, n° 562*, et il avait également écrit, en marge de la première : *renouvelée le 8 février 1809, vol. 27, n° 174*. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par les créanciers postérieurs, en s'appuyant sur ce motif « que les inscriptions dont il s'agissait, soit par leur contexte, soit par les notes marginales du conservateur, ne pouvaient donner lieu à aucune erreur. »

Merlin (1) admet la théorie de la Cour de Cassation, bien que, d'après son opinion, « la mention de renouvellement sur les registres du conservateur soit, d'après l'essence même des choses, requise, dans la nouvelle inscription, à peine de nullité. »

Il est juste d'admettre, ajoute M. Paul Pont, précisément à cause de la gravité de cette sanction, que le renouvellement donnera à l'hypothèque le rang de l'inscription primitive, quand bien même le rappel de cette inscription ne se trouverait pas dans le corps même de l'inscription nouvelle, pourvu toutefois que les tiers, en consultant les

(1) Réper. V° Inscr. hyp. § 8 bis, n° 11.

registres du conservateur, n'aient pas pu y être trompés.

Nous pensons, au contraire, que si les bordereaux ne contiennent aucune mention de renouvellement, le conservateur ne peut pas l'y ajouter d'office, en indiquant en marge que la première inscription est renouvelée et que la seconde est prise en renouvellement. Les conservateurs ne sont point juges de la validité des bordereaux qui leur sont présentés pour opérer un renouvellement d'inscription. Ils ne sont que des agents passifs ; leur rôle se réduit à reproduire fidèlement les énonciations des bordereaux ; ils n'ont pas à se préoccuper de savoir si ces énonciations satisfont ou non aux prescriptions de la loi.

En outre, si les conservateurs avaient la faculté d'ajouter sur leur registre la mention de renouvellement qui aurait été omise dans les bordereaux, ils pourraient alors, comme bon leur semble, tantôt favoriser un créancier, tantôt nuire à un autre, au détriment ou à l'avantage des créanciers inscrits postérieurement ; ce serait arbitraire.

Il peut arriver qu'un créancier qui a une hypothèque générale sur les biens de son débiteur, renouvelle son inscription sur un immeuble déterminé sans ajouter qu'il a une hypothèque générale. Ce fait implique-t-il, de la part du créancier, renonciation à l'hypothèque générale ?

Nous ne le pensons pas ; la renonciation ne se présume pas, elle doit être expresse.

Est-il indispensable dans une inscription en renouvellement prise sur une partie seulement des

immeubles précédemment affectés, d'indiquer l'acte en vertu duquel l'hypothèque a été restreinte ?

Nous croyons que cette mention ne peut être exigée.

Est-il permis de mêler deux inscriptions d'hypothèques différentes en une seule, et peut-on les prendre par un seul et même bordereau ?

La loi ne le défend pas. Ainsi la jurisprudence reconnaît que dans le cas où la subrogation à l'hypothèque légale de la femme concourt avec une hypothèque conventionnelle accordée par le mari au subrogé, celui ci peut prendre l'inscription de l'hypothèque légale *en même temps et par le même bordereau* que celui qui contient l'inscription de l'hypothèque conventionnelle (1) ?

Une décision du ministre des finances du 12 janvier 1873 admet même que plusieurs obligations consenties par une même personne au profit du même créancier, peuvent être inscrites par un seul bordereau, et qu'on peut également, par un seul bordereau, inscrire la créance collective des créanciers d'un failli, dans le cas prévu par les art. 490 et 517 C. Com., parce qu'alors toutes les créances composant la masse de la faillite sont réputées n'en former qu'une seule.

Il est évident que si, dans les circonstances qui viennent d'être déterminées, des inscriptions originales sont prises collectivement, elles pourront également être renouvelées par des bordereaux cumulatifs. Mais pourra-t-on requérir par un seul bordereau, en double original, le renouvellement de

(1) S. 57, 2, 200.

deux inscriptions qui, à l'origine, ont été prises individuellement ?

Il y a lieu de faire une distinction.

Si les causes de ces inscriptions résultent du même titre, sont dues au même créancier par les mêmes débiteurs et que le droit hypothécaire est de même nature et repose sur les mêmes immeubles, nous estimons, contrairement à l'avis de la Revue hypothécaire (1), qu'un seul bordereau en double est suffisant pour le renouvellement de deux inscriptions anciennes.

Si au contraire, il n'y a pas unité des créances, le créancier devra produire autant de bordereaux en double qu'il y a de créances diverses, bien que les inscriptions primitives aient été prises au même bureau au profit d'une même personne contre un même débiteur.

(1) Année 1889, art. 411.

CHAPITRE VII

A quelle époque l'inscription ayant produit son effet légal cesse d'être soumise à l'obligation du renouvellement ?

L'inscription hypothécaire constitue une double protection en faveur du créancier qui en requiert le bénéfice : elle lui assure l'avantage d'être préféré sur le prix de l'immeuble grevé, tant aux créanciers chirographaires qu'aux créanciers hypothécaires postérieurs ; et celui de pouvoir suivre cet immeuble en quelques mains qu'il passe, pour le faire vendre et se faire payer sur le prix.

L'efficacité du droit de préférence à l'égard des autres créanciers est subordonnée toutefois, comme celle du droit de suite, à l'encontre des tiers détenteurs, à la condition du maintien de l'inscription par voie de renouvellement.

Mais jusqu'à quelle époque y a-t-il nécessité de renouveler l'inscription hypothécaire, pour conserver le rang que cette inscription seule acquiert et conserve au créancier inscrit ?

En thèse générale, l'obligation de renouveler les inscriptions de privilèges et d'hypothèques cesse d'exister du moment où les droits de privilège et

d'hypothèque ont été transportés de l'immeuble sur le prix.

Tout le monde est d'accord pour décider qu'il y a un moment à partir duquel l'obligation du renouvellement disparaît, et ce moment est celui où les droits d'hypothèque et de privilège ont produit leur effet légal, quels que soient d'ailleurs les changements survenus, soit dans la position du créancier ou du débiteur, soit dans la condition de l'immeuble hypothéqué.

Il y a lieu cependant de faire remarquer qu'une inscription peut, sous tel rapport, avoir produit son effet, même avant le paiement, sans que pour cela elle ait cessé d'être utile et nécessaire sous tel autre rapport. Ainsi, par exemple, lorsque le rang des créanciers inscrits sur un immeuble a été définitivement réglé dans un ordre judiciaire ou extrajudiciaire, leurs inscriptions n'ont plus d'objet quant à la conservation du droit de préférence ; mais les créanciers n'en seront pas moins dans la nécessité de renouveler leurs inscriptions pour pouvoir, à défaut de paiement de la part de l'acquéreur sur lequel ils auront été colloqués, et en cas de revente de l'immeuble, exercer leur action hypothécaire contre le sous-acquéreur.

Toute la question consiste donc, semble-t-il, à bien déterminer le moment précis où cet effet légal se produira. Mais le silence que garde l'art. 2154 à cet égard, a fait surgir des difficultés très sérieuses que les variations de la jurisprudence et la multiplicité des systèmes qui se sont produits dans la doctrine, n'ont fait qu'aggraver.

Cette question, nous l'avons déjà fait pressentir, ne semble pas susceptible d'une solution générale.

Les hypothèses qui peuvent se présenter lors de la liquidation des créances hypothécaires, sont si nombreuses et si variées, les intérêts des créanciers et ceux des tiers peuvent être tellement compliqués que le législateur était presque dans l'impossibilité d'énoncer dans la loi un principe absolu.

Il aurait, du reste, été dangereux pour les justiciables, d'embrasser dans une disposition générale toutes les difficultés de la question. Une disposition insuffisante sur ce point aurait été moins propre à éclairer les tribunaux qu'à les jeter dans l'erreur en les livrant à la maxime si périlleuse : *qui de uno dicit, de altero negat*.

Quoi qu'il en soit, puisque le législateur n'a pas voulu régler dans l'art. 2154 les différents cas qui peuvent se présenter, force nous est de déterminer dans chaque hypothèse l'époque où les créanciers hypothécaires ou privilégiés doivent être affranchis de l'obligation de renouveler leurs inscriptions.

Nous diviserons ce chapitre en cinq paragraphes :

Le premier sera consacré à la vente volontaire.

Le second, à la vente sur saisie immobilière.

Le troisième, à l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Le quatrième, à la faillite du débiteur.

Le cinquième, au décès du débiteur et à l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire.

Et le sixième, à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances.

§ I

Vente volontaire

Nous devons rechercher quel est, en cas d'aliénation volontaire de l'immeuble hypothéqué, le moment où l'inscription a produit son effet légal et demeure affranchie du renouvellement. Il est évident, tout d'abord, que la transmission de l'immeuble ne dispense pas par elle-même le créancier du soin d'opérer le renouvellement. Nous croyons même que la transcription du contrat de vente ne l'en dispense pas davantage. Le but de la transcription consiste à rendre la mutation publique et à arrêter le cours des inscriptions. La transcription, ajoute Grenier (1), n'est qu'un acte préparatoire pour parvenir à la purge; elle ne liquide en aucune manière et ne règle pas les droits respectifs des créanciers déjà inscrits (2). Ceux-ci n'acquièrent aucun droit sur le prix, et par suite leur inscription n'a pas produit son effet légal. Mais s'ils n'ont contre l'acquéreur aucune action personnellement, ils peuvent cependant l'atteindre indirectement en exerçant sur l'immeuble le droit de suite qui leur est conféré par la loi.

Le droit de suite est le droit, qui appartient à

(1) Tome I, n° 112;

(2) Cassation, 15 décembre 1829, D. P. 30, 4, 6; Cassation, 17 décembre 1834, D. P. 34, 1, 106.

tout créancier inscrit, de poursuivre entre les mains de tout tiers détenteur l'immeuble grevé de son privilège ou de son hypothèque, pour exercer sur cet immeuble son droit hypothécaire, comme si l'immeuble était encore entre les mains du débiteur.

Le tiers détenteur peut paralyser l'action hypothécaire en opposant aux créanciers certaines exceptions :

1^o Comme le tiers détenteur a intérêt à ne pas être évincé, la loi lui permet d'opposer au créancier poursuivant *l'exception de discussion* dont l'effet est d'obliger le créancier à saisir et à faire vendre d'abord les immeubles hypothéqués à la garantie de sa dette, qui sont encore aux mains du débiteur (art. 2170).

Cette exception appartient seulement au tiers détenteur qui n'est pas tenu personnellement du paiement de la dette ; et elle n'est opposable qu'au créancier pourvu d'une hypothèque légale ou judiciaire.

2^o Le tiers détenteur peut encore opposer au créancier poursuivant *l'exception de garantie*, toutes les fois que ce dernier est soumis à l'obligation de garantie vis-à-vis du tiers détenteur. Ainsi le créancier qui agit est tenu de la garantie, lorsqu'il est héritier du vendeur de l'immeuble hypothéqué.

Le législateur permet en outre au tiers détenteur qui veut éviter l'expropriation forcée, de choisir entre divers partis :

I. — Il peut *payer* les créanciers. Dans ce cas, il ne paye que ce qui est dû hypothécairement, il est

tenu *propter rem*, il n'est pas tenu personnellement vis-à-vis des créanciers.

II. — Il peut *délaisser* l'immeuble.

Le délaissement consiste dans la faculté laissée au tiers détenteur, qui n'est pas personnellement obligé à la dette, d'abandonner la possession de l'immeuble hypothéqué pour se soustraire aux poursuites hypothécaires (art. 2169).

Le délaissement doit être fait au greffe du tribunal de la situation de l'immeuble dans la période qui s'écoule entre la notification de la sommation faite au tiers détenteur et le commencement des poursuites d'expropriation.

Qu'arrive-t-il, lorsque le tiers détenteur use de la faculté qui lui est accordée par l'art. 2173 du Code Civil de reprendre, avant l'adjudication, l'immeuble dont il avait d'abord fait le délaissement ?

Les inscriptions qui existaient au moment de la reprise sont-elles réputées avoir produit leur effet légal et par suite dispensées de renouvellement ?

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 24 février 1830 (1), a adopté l'affirmative et nous croyons que sa décision est conforme à la loi.

L'art. 2173 du Code Civil porte, en effet : « Le délaissement n'empêche pas que, jusqu'à l'adjudication, le tiers détenteur ne puisse reprendre l'immeuble en payant TOUTE LA DETTE et les frais. »

Ainsi il peut reprendre l'immeuble, mais alors il doit *toute* la dette, fût-elle supérieure au prix d'acquisition ou à la valeur de cet immeuble. Donc

(1) S. 30, 1,84.

le tiers détenteur devient alors obligé même sur ses autres biens, obligé personnellement.

On a objecté à ce système que le tiers détenteur n'étant point, en droit, dessaisi par le délaissement, n'est obligé, avant comme après la reprise de l'immeuble, qu'envers les créanciers hypothécaires, c'est-à-dire envers ceux dont l'hypothèque a été régulièrement conservée. Le délaissement, dit-on, n'opère point novation; la propriété continue, jusqu'à l'adjudication, à résider sur la tête du tiers détenteur. La reprise ne peut avoir d'autre effet que de replacer le tiers détenteur dans la position où il était avant le délaissement. Il n'a pas cessé d'être propriétaire; sa possession n'a été qu'interrompue, c'est sa chose qu'il reprend; par suite il doit la reprendre comme il l'avait délaissée et avec les mêmes obligations vis-à-vis des créanciers inscrits.

La Cour de Cassation a réfuté victorieusement cette objection. « Il ne faut pas confondre, dit-elle, les obligations imposées aux tiers détenteurs par les articles 2167, 2168 et suivants du Code civil, obligations qui sont accompagnées d'une faculté alternative, celle de payer ou de délaisser, avec l'obligation stricte, pure, positive et absolue, imposée par l'article 2173 pour le cas où, après avoir délaissé, le tiers détenteur est admis à les reprendre et les a repris de fait..... Il faut reconnaître comme positif, en droit, que l'obligation de renouveler dans le délai légal, cesse de plein droit lorsque la reprise des biens a été faite avant l'opération des dix années de l'inscription primitive..... La reprise des biens, après un délaissement effectué,

produit un nouvel état de choses, opère une espèce de contrat nouveau et personnel entre le tiers détenteur et le créancier, par l'effet duquel le tiers détenteur, se subrogeant volontairement aux lieu et place du débiteur originaire, se soumet à payer toute la dette et les frais ; cette obligation de payer est, aux termes de l'article 2173, la condition inséparable de la reprise. »

Par conséquent, lorsqu'un immeuble hypothéqué a été délaissé et repris ensuite par l'acquéreur, les inscriptions qui existaient au moment de la reprise, sont réputées avoir produit leur effet légal.

Il ne faut pourtant pas aller jusqu'à dire que le créancier à qui le délaissement a été fait, est dispensé désormais de renouveler son inscription, bien qu'elle ait produit tout son effet légal. En effet, si ce créancier avait conservé son hypothèque, c'est-à-dire un droit réel sur l'immeuble, il est absolument nécessaire qu'il renouvelle son inscription suivant la règle générale, dans les dix ans de sa date, sinon les tiers pourront acquérir à son préjudice des droits réels sur ce même immeuble. De plus, si le débiteur venait à aliéner son immeuble, le créancier n'aurait plus le droit de poursuivre l'immeuble entre les mains du tiers détenteur, vis-à-vis duquel il ne serait qu'un simple créancier chirographaire.

III. — Le troisième parti que peut prendre le tiers détenteur pour éviter l'expropriation forcée, lui permet de se trouver dans une situation à bien des égards meilleure que le délaissement. Le tiers détenteur peut par ce moyen conserver libre et

affranchi l'immeuble par lui acquis, sans acquitter la totalité des créances hypothécairement garanties par cet immeuble, si son prix d'acquisition ne suffit pas à les couvrir : ce moyen, c'est *la purge*.

La loi énumère dans l'art. 2183 les formalités à remplir par le tiers détenteur qui veut purger. Aux termes de cet article, celui-ci doit notifier aux créanciers inscrits, aux domiciles par eux élus dans leurs inscriptions :

- 1° Un extrait du titre d'acquisition ;
- 2° Un extrait de la transcription de l'acte de vente ;
- 3° Un tableau sur trois colonnes, dont la première contient la date des hypothèques et celle des inscriptions ; la seconde, le nom des créanciers ; la troisième le montant des créances inscrites.

Dans l'acte qui renferme les notifications, le tiers détenteur doit déclarer qu'il est prêt à acquitter sur le champ toutes les dettes et charges hypothécaires, sans distinction des dettes exigibles, mais jusqu'à concurrence seulement du prix (art. 2184).

L'offre du tiers détenteur n'est transformée définitivement en un contrat que par l'acceptation du créancier, ou par l'expiration du délai de 40 jours, sans réquisition de mise aux enchères.

Si les créanciers hypothécaires estiment que les offres de l'acquéreur ne représentent pas la juste valeur de l'immeuble, ils ont le droit de faire vendre l'immeuble. Ce droit se nomme droit de surenchère parce que le créancier hypothécaire ne peut l'exercer qu'en s'engageant à porter ou à faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui

aura été stipulé au contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire (art. 2185).

Qu'il y ait ou non surenchère, un ordre s'ouvrira pour la distribution du prix ; les créanciers qui produiront à l'ordre recevront, après la clôture des opérations, si toutefois ils viennent en rang utile, un bordereau de collocation.

Il s'agit maintenant de rechercher à quel moment, dans une vente volontaire suivie de purge, l'inscription aura produit son effet légal et sera dispensée de renouvellement.

Comme nous l'avons vu précédemment, ce n'est pas la transcription du contrat qui produit cet effet.

D'ailleurs, si ce principe était vrai, il est évident qu'il ne pourrait être invoqué que contre le premier acquéreur. Il serait sans force vis-à-vis des deuxième, troisième et quatrième détenteurs, puisqu'à leur égard le droit de suite ne pourrait être exercé que par une inscription non périmée. Mais la transcription, bien loin de dispenser le créancier du renouvellement de son inscription, lui impose au contraire une plus grande surveillance, attendu qu'aux termes de l'art. 2180 elle fait courir la prescription de l'hypothèque au profit du tiers détenteur, prescription qui n'est même pas interrompue par le renouvellement de l'inscription. Nous ne reviendrons donc pas sur cette opinion définitivement abandonnée.

On est d'accord pour reconnaître, en principe, que c'est après l'accomplissement des formalités essentielles de la purge que le créancier est dispensé d'opérer ce renouvellement, parce qu'alors il

est incontestable que l'inscription a réellement produit tout son effet. Mais la divergence commence quand il s'agit d'appliquer ce principe, en déterminant exactement l'époque précise où les formalités essentielles doivent être considérées comme remplies. On ne compte pas moins de cinq systèmes.

PREMIER SYSTÈME. — Le renouvellement cesse d'être obligatoire, dès le jour des notifications, qu'il y ait ou non surenchère dans les 40 jours.

DEUXIÈME SYSTÈME. Si les notifications ne sont pas suivies de surenchère, c'est à partir du jour où elles ont été faites que le renouvellement n'est plus obligatoire; mais s'il y a surenchère, la dispense ne date que de la nouvelle adjudication.

TROISIÈME SYSTÈME. — Alors même qu'il n'y aurait pas de surenchère, la dispense de renouvellement ne date que du jour de l'expiration du délai pour surenchérir.

QUATRIÈME SYSTÈME. — Ce n'est qu'à partir de la production des titres à l'ordre que les créanciers sont affranchis de l'obligation de renouveler leurs inscriptions.

CINQUIÈME SYSTÈME. — Il faut non seulement que les créanciers aient produit leurs titres, mais encore qu'ils aient reçu leurs bordereaux de collocation.

Premier système. — L'obligation pour le créancier hypothécaire de renouveler son inscription, cesse dès le jour de la notification du contrat faite, après transcription, par l'acquéreur, conformément

aux articles 2113 et 2184 C. civ. et contenant de la part de celui-ci l'offre de payer un prix, sans qu'il y ait à se préoccuper de l'éventualité ou même de l'exercice d'une surenchère ultérieure.

Il semble hors de doute que le lien de droit formé entre le notifiant et ceux auxquels la notification est adressée, établit un point certain à partir duquel l'inscription est réputée avoir rempli son effet, qui est d'assurer au créancier le paiement privilégié du prix de l'immeuble.

Aussi est-il vrai de dire qu'à partir du jour de la notification, les créanciers ont l'acquéreur pour obligé, en vertu d'un quasi-contrat. Passé ce moment, tout est irrévocablement acquis, la position relative des créanciers est fixée, et le même bénéfice de prorogation légale doit les suivre jusqu'au paiement. On ne peut permettre à un créancier de profiter de sa prétendue vigilance pour dépouiller les autres à son bénéfice.

On peut dire que, dès la notification, l'effet de l'hypothèque s'est produit par l'extinction du droit de suite, et que le droit de préférence, qui survit seul, n'a pas besoin du renouvellement de l'inscription. Ce serait, du reste, une anomalie singulière que de voir renouveler les inscriptions contre un acquéreur, lorsque celui-ci s'est peut-être libéré définitivement depuis longtemps déjà en consignait son prix. Le but que s'est proposé la loi étant atteint, il est inutile de prolonger la nécessité du renouvellement qui n'existe plus dans la réalité.

Ce système est adopté par la majorité des

auteurs (1) et aussi par une jurisprudence presque constante (2), du moins lorsque la notification du contrat n'est pas suivie de surenchère.

On a fait à ce système une sérieuse objection en se fondant sur cette idée que la surenchère opère la résolution *ex tunc* du contrat de l'acquéreur.

La purge, dit-on, n'est autre chose que la demande faite aux créanciers inscrits, d'agréer le prix convenu entre l'acquéreur et le vendeur, prix sur lequel ils doivent être payés; or, la surenchère est la réponse négative, le refus par eux déclaré d'accepter ce prix qu'ils trouvent insuffisant. Dès lors, à leur égard, l'acquéreur n'a jamais été propriétaire, la vente volontaire est non avenue; il n'y a plus de contrat, de prix, de notifications (1). Par conséquent, si le quasi-contrat qui s'était formé entre le premier acquéreur et les créanciers inscrits au moment de la notification, devient comme non venu, l'adjudicataire sur surenchère n'est plus obligé qu'envers les créanciers valablement inscrits au moment de son adjudication, c'est-à-dire ceux dont l'inscription n'est pas périmée faute de renouvellement dans les dix ans.

Nous répondrons que l'accomplissement des formalités de la purge est un fait que la surenchère

(1) Persil, sur l'art. 2154, n^{os} 4 et 5; Grenier, I, n^o 112; Battur, III, n^o 452; Aubry et Rau, III, § 280; Colmet de Santerre, IX, n^o 134 bis, XIV.

(2) Paris, 11 février 1825, D. P. 26, 2, 15; Cass. 30 Mars 1831, D. P. 31, 1, 178; Cass. 21 Mars 1848, S. 48, 1, 273; Cass. 19 Juillet 1858, J. Pal. 59, 494; Cass. 1^{er} Mai 1876, S. 76, 1, 303; Tribunal Nîmes, 3 Mars 1887, J. Notariat, année 1887, p. 213.

(1) Lecôq, Revue pratique de droit français, 1856, 2, p. 401.

ne saurait faire disparaître, ni en soi, ni dans ses conséquences légales, pour les créanciers. L'offre du prix, faite à ces derniers, constitue pour eux un avantage ou un droit irrévocable, en ce qu'elle sera nécessairement réalisée, soit par l'acquéreur lui-même, soit par le surenchérisseur.

Le quasi-contrat qui s'était formé entre le premier acquéreur et les créanciers inscrits au moment de la notification, est continué au profit de ces derniers dans les mêmes termes et avec les mêmes droits vis-à-vis de l'enchérisseur, d'abord sur la caution qu'il doit fournir et ensuite sur le prix de la nouvelle adjudication. La surenchère ne fait que substituer un nouvel acquéreur au premier, et assurer de plus en plus les droits des créanciers en augmentant le gage commun. Elle ne peut, en l'absence d'un texte de loi, comme aussi en l'absence de tout intérêt, nécessiter un renouvellement qui serait purement frustratoire.

Nous nous prononçons, dès à présent, en faveur du premier système, adopté jusqu'ici par la Cour suprême ; il a l'avantage d'être net, précis et d'avoir un point de repère fixe et invariable.

C'est ici le moment d'étudier une question très importante en pratique. La notification prescrite par les articles 2183 et suiv. est-elle indispensable ? Ne peut-elle pas être remplacée par des équivalents ?

La Cour de Cassation (1), en s'attachant aux principes plus qu'au texte même de la loi, se prononce pour l'affirmative. La notification peut,

(1) Cass. 5 mars 1876, S. 76, 1,216.

dit-elle, être remplacée par tout acte « qui suppose de la part de l'acquéreur, offre de payer son prix aux créanciers, et de la part de ceux-ci, consentement à reporter leurs droits sur le prix, en dégageant l'immeuble, et de se régler entre eux par voie d'ordre, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de l'éventualité d'une surenchère. » Dès lors le consentement des créanciers à l'ordre, les demandes en collocation qu'ils y font, établissent ce lien de droit entre eux et l'acquéreur; leurs inscriptions alors ont produit leur effet, et le renouvellement n'est plus nécessaire. Poussant encore plus loin ce principe, la Cour de cassation décide que la dispense de notification consentie par les créanciers à l'acquéreur et leur consentement exprès à ce qu'il soit procédé à l'ordre, équivalent à la notification elle-même puisque, comme elle, ils indiquent le consentement des créanciers à ce que leurs droits se trouvent reportés sur le prix dû et offert par l'acquéreur. Cependant, en l'absence d'offre du prix par l'acquéreur aux créanciers inscrits, la déclaration notariée de ceux-ci, hors la présence de l'acquéreur, qu'ils le dispensent de notifier le contrat et renoncent à surenchérir, ne fait pas produire aux inscriptions leur effet.

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 5 avril 1808, admet encore que le vendeur, en justifiant à l'acquéreur de la péremption des inscriptions par un certificat du conservateur, peut exiger le paiement du prix, sans être tenu de fournir les certificats de radiation.

Nous considérons que cette jurisprudence est

applicable au cas où les créanciers ont, par une convention, déclaré qu'ils consentaient à la vente amiable des immeubles hypothéqués, à condition que les prix seraient distribués entre eux par un ordre amiable à dresser par un notaire désigné. Cette convention règle à notre avis, le sort des inscriptions au jour où elle est intervenue. Nous croyons qu'en pareil cas, les inscriptions, quoique non renouvelées, doivent venir à leur rang.

DEUXIÈME SYSTÈME. — Si les notifications ne sont pas suivies de surenchère, c'est à partir du jour où elles ont été faites que le renouvellement n'est plus obligatoire ; mais s'il y a surenchère, la dispense ne date que de la nouvelle adjudication.

Dans ce système on argumente ainsi : l'offre de payer ne suffit pas, il faut qu'elle soit acceptée ; elle est faite sous cette condition, et, si cette condition se réalise, l'effet en rétroagit au jour de l'offre. Si, au contraire, la mise aux enchères est requise, la dispense du renouvellement n'existe qu'à partir de l'adjudication, dont la surenchère est suivie.

Ce système ne diffère donc du précédent qu'en cas de surenchère ; il compte peu de partisans (1).

Nous repoussons cette distinction. La surenchère ne modifie pas le contrat tacite intervenu entre l'acquéreur qui s'est obligé à payer et les créanciers, qui se sont obligés à recevoir le prix d'aliénation de l'immeuble grevé, suivant le rang où ceux-ci se trouvaient en ce moment. La surenchère ne

(1) Duranton, t. 20, n° 167 ; Baudot, Formalités hypothécaires, n° 838 ; Grenoble, 12 mai 1824, S. 25, 2, 184 ; Bordeaux, 17 mars 1828 ; Paris, 24 mars 1860, S. 60, 2, 235.

peut apporter aucun changement à cet état de choses, à cette situation acquise : le nouvel acquéreur succède aux obligations de celui dont il prend la place. Ce système présente d'ailleurs un inconvénient grave, il met dans l'embarras les créanciers dont les inscriptions arriveront à brève échéance après les notifications. Ils ne peuvent savoir s'ils doivent ou non renouveler leurs inscriptions, puisque cette obligation dépend d'un événement qui peut survenir ultérieurement. Il est inadmissible, à notre avis, que le législateur ait voulu placer les créanciers dans une pareille incertitude.

TROISIÈME SYSTÈME. — Le renouvellement ne cesse d'être obligatoire que du jour où les offres de l'acquéreur sont réputées acceptées par l'expiration, sans réquisition de surenchère, du délai de quarante jours fixé par l'article 2185 C. Civ.

Le but de l'inscription étant, en définitive, le paiement de la créance, ce but est atteint quand l'immeuble qui est le gage de cette créance est converti en une somme d'argent et qu'il ne reste plus qu'à répartir cette somme entre les divers ayants-droit. Il paraît évident que cet événement n'est accompli qu'après l'expiration du délai de quarante jours accordé à chacun des créanciers pour surenchérir. Jusqu'à ce moment, il y a l'offre d'un prix de la part de l'acquéreur, il y a bien aussi l'intention de la part du créancier qui ne veut pas surenchérir, de se contenter de ce prix et de l'accepter, mais cette intention est subordonnée, dans sa réalisation, à la volonté inconnue des autres créanciers. Le quasi-

contrat, ou plus exactement la pollicitation, ne peut devenir définitive que lorsque, par l'expiration du délai commun, la volonté irrévocable de tous s'est manifestée (1). En effet, dit-on, s'il y a surenchère, l'offre faite par la notification n'est point acceptée par le créancier, il n'y a plus de quasi-contrat ; et si l'acquéreur est dépossédé, les tiers, le nouvel adjudicataire ne peuvent être liés par l'effet d'une première notification qui, dès lors, est censée non avenue

« Pour qu'il y ait engagement respectif, il faut, dit Troplong, qu'il y ait concours de toutes les volontés, et ce serait manquer à cette règle fondamentale que de s'arrêter exclusivement à l'offre du tiers détenteur, sans attendre l'événement qui doit manifester l'acceptation de tous les créanciers en masse ».

M. Paul Pont, partisan de ce système, fait une distinction qu'il importe de signaler. Si les créanciers acceptent, dit-il, les offres d'une manière expresse au cours des quarante jours, la convention est formée au jour de l'acceptation. Mais s'il n'intervient pas d'acceptation expresse pendant les quarante jours, la convention n'est parfaite qu'à l'expiration du délai, parce que ce silence implique alors acceptation et constitue lui-même une acceptation tacite. Il faut, en effet, tenir pour constant que le renouvellement des inscriptions hypothé-

Troplong, n° 724 ; Paul Pont, n° 1060 ; Mourlon, Rép. écr. t. III, p. 509 ; Toulouse, 30 janvier 1855, S. 36, 2, 156 ; Paris, 16 janvier 1840, S. 40, 2, 129 ; Colmar, 27 avril 1853, S. 53, 2, 572 ; Cassation, 14 novembre 1882, D. P. 83, 1, 171.

caires cesse d'être obligatoire, dès que le prix des immeubles qui sont la garantie de ces inscriptions, est devenu définitif par la renonciation expresse des créanciers à l'exercice de leur droit de surenchère.

Nous n'avons pas à répéter ici les arguments que nous avons fait valoir en faveur du premier système.

« Il n'est pas vrai, contenterons-nous de dire, avec Duranton, de prétendre que le contrat entre l'acquéreur et les créanciers ne s'est formé qu'à l'expiration du délai de quarante jours. Il s'est formé, au contraire, par la notification, sous une condition, sans doute, mais une condition qui s'est accomplie, à savoir que les créanciers accepteraient les offres. Or, cette condition a un effet rétroactif dans ce cas comme dans les autres. »

Le troisième système n'admet donc pas d'effet rétroactif à l'acceptation de l'offre, mais, s'il y a surenchère, il ne diffère pas du second système.

QUATRIÈME SYSTÈME. — L'inscription doit être renouvelée jusqu'à la production des titres à l'ordre.

Le moment où l'adjudication devient définitive est, dit-on, toujours incertain et variable, il dépend des circonstances ; les créanciers ne peuvent l'apprécier facilement. L'inscription ayant été prise par un acte volontaire de chaque créancier, un acte semblable doit manifester l'intention d'obtenir ce que l'inscription doit produire, et fixer le moment où son but sera atteint ; l'acte de production de chacun des créanciers à l'ordre possède cet avantage, sans avoir les inconvénients que présente le système précédent.

La production à l'ordre est l'acte auquel la dis-

pense de renouvellement doit se rattacher, parce que c'est à partir de ce moment que le créancier est dessaisi de ses titres et qu'il cesse de pouvoir veiller personnellement à la conservation de son inscription.

L'époque où l'ordre s'ouvre est la seule, dit Merlin, où l'inscription commence véritablement à entrer en action : la notification et les offres de l'acquéreur ne peuvent, en effet, recevoir leur réalisation qu'au profit des créanciers dont les inscriptions appréciées au moment où il en est fait usage, ont alors conservé leur valeur légale.

Merlin seul a soutenu ce système dans la doctrine. On n'en trouve que deux applications dans la jurisprudence (1).

« D'après l'article 2160, dit Troplong, qui a combattu énergiquement ce système, le tiers acquéreur, qui a purgé et consigné, peut obtenir radiation des inscriptions existantes. Comment donc serait-il possible d'exiger des renouvellements d'inscription, alors que les inscriptions elles-mêmes sont ou vont être radiées? »

CINQUIÈME SYSTÈME. - La production des titres à l'ordre ne suffit pas, l'obligation du renouvellement ne cesse qu'au moment de la délivrance des bordereaux de collocation.

C'est à ce moment qu'on peut réellement dire que l'inscription a produit tout son effet, « car la délivrance de ces bordereaux est suivie d'un paiement immédiat et le créancier colloqué, en donnant quittance du montant de sa collocation doit, aux

(1) Merlin, Rép. V^o Insc. hyp. § 8 bis, n^o 2 ; Bordeaux, 17 mars 1828 D. P. 28, 2, 104 ; Cass., 20 avril 1875, S. 75, 1, 304 ;

termes de l'art. 772 C. Pr. Civ., consentir la radiation de son inscription. » (1).

Les partisans de ce système ajoutent que cette doctrine paraît avoir l'avantage de se renfermer dans le texte de l'art. 2154. Cet article est général, disent-ils, et n'admet pas d'exception ; il sanctionne énergiquement le principe de la publicité de l'hypothèque. Tant que celle-ci dure, elle doit être inscrite ; si l'inscription n'est pas renouvelée à l'expiration du délai de dix ans, elle est détruite forcément et l'hypothèque cesse d'avoir effet pour tout ce qui ne s'est pas encore définitivement accompli, lorsqu'expire le délai fatal. Le raisonnement de ces auteurs est excessif. Pour être conséquents avec eux-mêmes, ils devaient soutenir que l'inscription devait être renouvelée jusqu'au paiement effectif. C'est pour obtenir ce paiement que l'hypothèque a été constituée, et son effet naturel, qui est d'assurer le recouvrement de la créance, n'est réellement atteint que lorsque celle-ci, s'éteignant par le paiement, éteint aussi l'hypothèque qui la garantit. Cependant, quand bien même l'effet de l'hypothèque ne serait atteint qu'à la date du paiement définitif, ce ne serait pas une raison pour prolonger jusqu'à ce moment la nécessité du renouvellement de l'inscription. Bien que l'article 2154 ne le dise pas expressément, il est évident que ce n'est pas l'effet de l'hypothèque qui détermine l'instant précis où l'inscription n'est plus nécessaire, mais l'effet légal de l'inscription elle-même. Lorsque toutes les mesures de publicité ont été prises et sont connues

(1) Dalloz, Priv. et hyp., Tit. 3, chap. 4, sect. 5, art. 4.

des personnes inressées, le but que la loi s'est proposé est atteint, il n'y a plus de nécessité d'exiger le renouvellement d'une inscription.

On considère à tort dans ce système la délivrance des bordereaux de collocation comme équivalente au paiement. Cette fiction n'est pas exacte, puisque le paiement peut encore être longtemps retardé et n'avoir lieu que sur de nouvelles poursuites. L'adjudicataire peut aussi revendre l'immeuble, de même que le tiers acquéreur qui ne trouve que des inscriptions périmées, peut payer son prix directement au vendeur et se croire en sûreté. Cette opinion n'atteint donc pas le but que ses partisans se proposaient, attendu qu'ils tombent eux-mêmes dans les difficultés qu'ils voulaient éviter.

Les partisans de ce système ne peuvent pas admettre que le paiement rétroagisse au jour des notifications. Cette objection ne porte pas, puisqu'il y a également dans leur système une condition qui rétroagit. Ne reconnaissent-ils pas, en effet, que si le paiement a lieu après la délivrance des bordereaux, l'effet de l'inscription sera regardé comme produit au jour de la délivrance des bordereaux ?

Ce système doit donc être repoussé.

Nous n'avons pas hésité à nous prononcer pour le premier système et à déclarer avec la jurisprudence qu'en cas de vente volontaire, l'inscription hypothécaire grevant l'immeuble produit son effet à partir de la notification du contrat de vente aux créanciers inscrits ; par conséquent, si l'inscription tombe en péremption durant les opérations de

l'ordre, elle sera dispensée de renouvellement.

A quel moment l'inscription a-t-elle produit son effet légal, en cas de vente volontaire faite en justice, ou en cas d'adjudication sur licitation faite devant notaire en vertu d'un jugement ?

La jurisprudence décide (1) qu'en pareil cas, l'inscription ne sera dispensée de renouvellement qu'à partir de la notification prescrite par l'art. 2183. Une vente volontaire, même lorsqu'elle est faite en justice, produit une aliénation qui s'opère par la volonté des intéressés; elle ne peut pas avoir pour effet, comme dans le cas d'une vente forcée, précédée d'une saisie immobilière, de purger les hypothèques qui grèvent l'immeuble. La raison de cette différence vient principalement de ce que, dans cette seconde procédure, tout se fait en présence des créanciers inscrits et avec leur concours, tandis que dans la licitation aucune sommation n'est faite aux créanciers inscrits, ceux-ci demeurent étrangers à la procédure, jusqu'au jour où la notification exigée par l'art. 2183 les met à même de faire connaître, s'ils veulent se contenter du prix qui leur est dénoncé, ou exécuter la surenchère.

A la suite d'une vente sur licitation suivie de purge, les créanciers devront-ils exercer la surenchère dont la forme et les conditions sont prescrites par l'art. 2185 ou celle qui est organisée par l'art. 973 C. Pr. Civ. pour l'adjudication sur licitation ?

Ils pourront exercer la surenchère du dixième, mais si l'adjudication a été suivie dans les huit

(1) Cassation, 18 février, 1834 S. 34, 1, 76 ; Cassation 14 novembre, 1866, S. 67, 1, 21.

jours d'une surenchère du sixième, ils ne pourront plus exercer dans les quarante jours la surenchère du dixième. Mais comme les créanciers ne sont pas liés à la procédure, l'acquéreur qui veut purger doit, après la nouvelle adjudication, faire les notifications prescrites par l'art. 2183 et jusqu'à cette époque les créanciers devront renouveler leurs inscriptions.

A partir de quel moment cesse l'obligation de renouveler les inscriptions hypothécaires en cas d'adjudication sur conversion de saisie immobilière, dans les termes des art. 743 et suiv. du C. Pr. Civ. ?

Cela dépend du caractère que l'on donne à une pareille adjudication.

On distingue assez généralement suivant que la conversion a lieu avant ou après les sommations, qui sont faites aux créanciers inscrits, de prendre communication du cahier des charges (C. Pr. 692). Si la conversion a lieu après les sommations, on considère que les créanciers, dont le consentement de tous est exigé, étant liés à la procédure, l'adjudication conserve son caractère d'adjudication sur saisie ; si, au contraire, la conversion a lieu avant les sommations, ce qui est le cas le plus habituel, l'adjudication est assimilée à une vente volontaire. Du moins on le décide ainsi, notamment en ce qui concerne la purge des hypothèques et la faculté de surenchère ; nous croyons qu'on doit décider de même en ce qui concerne le renouvellement des hypothèques (1). Cependant, Persil (2) attribue à

(1) Paris, 24 mars 1860, S. 60, 2, 235 ; Troplong, t. 4, n° 909 ; Aubry et Rau, t. 3, p. 503, § 293 bis, note 16.

(2) Commentaire sur les ventes judiciaires, n° 401.

l'adjudication sur conversion les mêmes effets que si l'expropriation avait suivi la marche ordinaire, il conclut par suite que l'adjudication enlève tout intérêt au renouvellement des inscriptions.

Nous venons de voir qu'en matière de vente volontaire, d'après une jurisprudence à peu près constante de la Cour suprême, le créancier inscrit est dispensé de renouveler son inscription à partir du jour des notifications. Mais cette solution est-elle encore vraie, lorsque le créancier inscrit se trouve en présence, non plus de l'acquéreur qui lui avait notifié son contrat sans purger, mais d'un nouvel acquéreur. En d'autres termes, le quasi-contrat résultant de l'offre par le premier acquéreur de payer son prix aux créanciers inscrits, lie-t-il les acquéreurs postérieurs? Ou bien y a-t-il là une situation distincte qui doit être réglée par des principes différents? Cette question a, dans la pratique, une grande importance. Certains inconvénients peuvent naître, en effet, de la dispense du renouvellement décennal dans le cas où les offres du premier acquéreur ne seraient pas suivies de paiement. Il peut arriver alors que l'immeuble revienne dans les mains du vendeur, par suite d'un jugement de résolution, ou être l'objet d'une revente dont le prix servira à désintéresser les créanciers.

Il peut encore arriver que le prix ne soit point payé, parce que l'acquéreur a été dépossédé par suite de surenchère, ou parce que le surenchérisseur ne tient pas ses engagements. De là nécessité pour les créanciers inscrits de poursuivre leur paiement sur l'immeuble. Or, cet immeuble pour-

rait-il être grevé à leur profit d'un droit de préférence ou de suite, si leurs inscriptions n'ont pas été régulièrement conservées? Nous ne le croyons pas; la dispense de renouvellement, d'après la nature même de la cause qui la produit, n'est pas absolue. Les créanciers dont les inscriptions n'ont point été renouvelées, sont, à notre avis, inévitablement déchus du droit d'exercer leur recours sur l'immeuble au préjudice des sous-acquéreurs de cet immeuble ou des créanciers auxquels ces nouveaux acquéreurs ont concédé des hypothèques de leur propre chef (1).

Si on pouvait étendre la dispense de renouvellement même au droit de suite contre les sous-acquéreurs ou leurs créanciers personnels, on admettrait un effet dépassant sa cause. Il est de principe que les contrats ou quasi-contrats ne produisent pas effet au regard de personnes autres que celles entre lesquelles ils se sont formés. Prenons par exemple le cas de revente par l'acquéreur à un tiers. Il est certain que lorsqu'un ordre s'ouvre sur le prix de revente, ce nouveau prix n'est plus celui que devait l'acquéreur originairement; ce n'est plus celui qu'il avait offert aux créanciers inscrits et sur lequel ceux-ci avaient droit par suite du quasi-contrat intervenu entre eux et l'acquéreur. Nous sommes donc en droit de dire que si les

(1) Troplong : Priv. et hyp. nos 722, 725; Persil, n° 1678; Cass. 29 juillet 1828, S. 28, 1, 328; Cass. 21 juillet 1830. S. 30, 1, 291; Paris, 16 avril 1832, S. 38, 2, 493; Paris, 12 novembre 1836, S. 37, 2, 148; Bourges, 21 février 1837, S. 38, 2, 62; Orléans, 12 mars 1838, D. P. 38, 2, 158. Contrà : Toulouse, 18 juin 1830 et 19 avril 1839, S. 30, 2, 365; 39, 2, 429.

créanciers inscrits avec lesquels le premier acquéreur avait traité, n'ont pas renouvelé leur inscription dans le délai voulu, doivent être écartés par ceux qui ont acquis des droits réels du chef d'un autre débiteur (1).

On a objecté que le sous-acquéreur devait se trouver vis-à-vis des créanciers dans la même position que son vendeur, celui-ci n'ayant pu lui transmettre que les droits qu'il avait lui-même. Mais, a répondu avec raison Troplong, « quand ces droits sont des hypothèques, ils peuvent être purgés. » Nous persistons donc dans notre opinion. Le bordereau qu'obtient un créancier colloqué n'est exécutoire que contre l'acquéreur ; il ne l'est pas en cas de revente, contre le sous-acquéreur, le créancier non payé est tenu de produire de nouveau ses titres dans le deuxième ordre ouvert par suite de cette revente (2).

Cependant le créancier qui a laissé périmer l'inscription de son hypothèque peut employer, s'il y a lieu, une dernière ressource ; il a parfois la faculté d'exercer le privilège du premier vendeur son débiteur, comme subrogé dans les droits de ce dernier en vertu de son bordereau de collocation (3).

La jurisprudence reconnaît également que les inscriptions non renouvelées ne sont pas opposables

(1) Grenier, t, n° 112 ; Cass. 21 mars 1848, J. Pal. 1848, t. 2, 72 ; Bordeaux, 31 juillet 1832, J. Pal. 1834, 1, 743 ; Contrà : Duranton, XX, 166.

(2) Cass. 17 mai 1859, S. 59, 1, 577.

(3) Orléans, 18 novembre 1836, S. 37, 2, 144.

aux nouveaux créanciers auxquels l'immeuble aura été valablement hypothéqué par le vendeur rentré dans la propriété de cet immeuble.

Il est évident que ce sont là des cas exceptionnels. Il faut cependant reconnaître qu'à dater des offres de paiement qui leur sont faites, les créanciers ne peuvent pas en toute sécurité laisser passer, sans renouveler leurs inscriptions, le délai de dix ans, même lorsqu'il n'expire que postérieurement aux notifications.

Si donc le renouvellement demeure indispensable vis-à-vis de certaines personnes, on voit que les officiers ministériels agiront prudemment en accomplissant cette formalité, bien qu'elle ne soit pas légalement obligatoire, tant que le paiement ou une consignation équivalant au paiement n'a pas été effectué. Dans la pratique il est généralement d'usage de faire jusqu'au dernier moment les renouvellements d'inscription dont la nécessité n'est pas absolue, mais dont l'utilité se manifeste au moins avec un caractère relatif.

§ II

Vente sur saisie immobilière

Quelle est, en ce cas de vente sur saisie immobilière, l'époque où l'inscription ayant produit son effet n'a plus besoin d'être renouvelée ?

Il n'est pas une seule question où la jurisprudence se soit autant que sur celle-ci, divisée en solutions variées. Elle hésite encore aujourd'hui ; il n'est pas une des six opinions que nous allons examiner qui ne puisse revendiquer des arrêts en sa faveur.

Le moment où cesse le besoin de renouveler l'inscription, se place à l'une des époques suivantes :

1° A la dénonciation au saisi et la transcription de la saisie au bureau des hypothèques ;

2° A la sommation faite aux créanciers inscrits de prendre communication du cahier des charges.

3° A l'ouverture de l'ordre et la production des titres ;

4° A la délivrance des bordereaux de collocation ;

5° Au jugement d'adjudication ;

6° A la transcription du jugement d'adjudication.

PREMIER SYSTÈME. — Le renouvellement cesse d'être obligatoire, dès l'instant que la saisie immobilière dénoncée au débiteur est enregistrée au greffe et transcrite au bureau des hypothèques, conformément aux art. 676 et suiv. du C. Pr. Civ.

Les partisans de ce système trouvaient dans la publicité donnée à ces actes de la procédure des garanties suffisantes pour remplacer l'inscription. C'est ce qu'avait décidé un arrêt de la Cour de Paris du 23 avril 1818, qui a été cassé par un arrêt du 31 janvier 1821 (1).

Nous ne nous attarderons pas à réfuter ce système aujourd'hui abandonné. Il est évident que ce n'est pas au moment de la transcription du

(1) S. 1821, t. 375.

procès-verbal de saisie que peut se placer la dispense du renouvellement. A ce moment, en effet, la saisie immobilière n'existe qu'entre le créancier et le débiteur, elle est encore étrangère aux autres créanciers. On ne peut donc décider, sans violer l'article 2154, qu'elle donne une publicité et un effet capables de remplir le but du renouvellement.

SECOND SYSTÈME. — L'inscription est dispensée du renouvellement du jour de la sommation faite aux créanciers inscrits de prendre communication du cahier des charges (art. 692 C. Pr. Civ.)

Avant la loi du 2 juin 1841 qui a réformé les ventes judiciaires, cette sommation était remplacée par la notification des placards aux créanciers inscrits.

Dès ce moment, dit-on, la publicité existe. L'inscription n'est plus nécessaire pour les tiers qui ne peuvent plus être trompés, puisque la transcription du procès-verbal de saisie les a avertis qu'ils seront primés par les créanciers inscrits à cette époque. Elle ne l'est pas non plus pour les créanciers déjà inscrits, prévenus par la sommation de prendre communication du cahier des charges.

La publicité qui résulte de cette sommation est équivalente à celle que produisent les notifications d'une vente volontaire.

Par conséquent, le rang des créanciers est fixé à dater de cette sommation. C'est, du reste, à partir de ce moment, qu'ils deviennent parties dans les poursuites, et que la saisie ne peut plus être rayée que de leur consentement unanime ; ils ont dès lors un droit acquis qu'ils ne peuvent plus perdre (art. 693).

Dès cet instant, le saisi ne peut plus ni vendre ni hypothéquer au préjudice des créanciers inscrits. Si l'art. 688 du C. de Pr. Civ. valide dans un cas exceptionnel la vente, et autorise l'hypothèque pour des deniers empruntés, cet accident ne peut rien changer à la position des créanciers, car ces actes ne sont valables que sous la condition qu'ils seront préalablement payés, ou du moins le montant de leurs créances consigné.

Il n'en demeure pas moins certain qu'au moment où la saisie est devenue commune aux créanciers par la notification, il s'est formé entre eux tous, pour ainsi dire, une masse ; cette masse comprend à la fois, et la possession des biens, et l'expectative de se payer sur le prix, selon l'ordre respectif des inscriptions, sans qu'aucun événement ultérieur puisse rien changer à la position des créanciers. Dès ce moment l'hypothèque a produit son effet, puisque c'est elle qui a fait appeler le créancier aux opérations.

Ce serait une mesure frustatoire que d'exiger le renouvellement des inscriptions à une époque où les droits des créanciers sont fixés (1).

Nous croyons que ce n'est pas dans le temps antérieur à l'adjudication que peut se placer convenablement la dispense du renouvellement. En effet, tant que dure la poursuite en expropriation, l'inscription n'a réalisé aucun de ses effets. L'hypothèque est restée la seule sûreté des créanciers ; elle n'a

(1) Persil, sur l'art. 2154, n° 6 ; Cass. 5 avril 1808 ; Bruxelles, 20 février 1811, S. 13, 2, 371 ; Toulouse, 13 décembre 1814 ; Rouen, 29 mars 1817, S. 17, 2, 239 ;

pu être convertie en une simple action sur le prix, puisqu'on en est seulement aux formalités qui doivent précéder la vente. Comme l'ont très bien fait remarquer Troplong et Duranton (1), la sommation ne peut fixer l'état des inscriptions d'une manière invariable entre les créanciers inscrits ; cette sommation ne présuppose que l'existence d'inscriptions matérielles dont il n'est pas encore temps de discuter le mérite. Par conséquent, si l'hypothèque n'a rien acquis, il faut continuer à l'entretenir.

Il y a plus, la poursuite peut s'évanouir, on peut y renoncer, elle peut se périmer, les choses peuvent être remises dans le même état qu'auparavant ; les créanciers inscrits ont donc intérêt à conserver soigneusement leurs inscriptions.

Il y a encore une autre raison décisive : Faire autrement, ce serait tromper les tiers. En effet, la propriété n'est pas déplacée pendant la poursuite en expropriation ; elle continue à résider sur la tête du débiteur, il reste propriétaire jusqu'à l'adjudication. Le saisi ne se trouve dépouillé que par l'adjudication, c'est à lui et non pas aux créanciers inscrits que succède l'adjudicataire. Le saisi, il est vrai, ne peut plus vendre que sous certaines conditions, mais il peut encore hypothéquer.

Il est, en effet, admis aujourd'hui en doctrine que le débiteur peut, même après la sommation prescrite par l'art. 692, hypothéquer l'immeuble dont on poursuit l'expropriation. Si l'art. 686 du C. Pr. Civ. prohibe la vente après la transcription du procès-verbal de saisie, c'est seulement pour

(1) Tome 20, n° 163.

que le débiteur ne puisse paralyser la saisie et entraver la procédure par une aliénation. Cette prohibition ne s'étend pas à la faculté de donner des hypothèques nouvelles, qui, elles, ne produisent pas des embarras de ce genre.

Ces hypothèques ne font qu'augmenter le nombre des créanciers ayant droit au prix, sans nuire à ceux qui sont déjà inscrits et dont la position reste la même (1). Supposons donc que le débiteur saisi hypothèque, les prêteurs voient les inscriptions périmées, ils se décident à lui avancer de l'argent. Si, depuis la sommation, les inscriptions, quoique périmées, conservent leur effet, les prêteurs sont trompés. Ils sont trompés sans faute de leur part, car ils ont bien pu ignorer les premières formalités de la saisie immobilière; ils ne sont pas obligés de les connaître. Les tiers étrangers à la saisie sont seulement obligés de consulter l'état des inscriptions sur les registres des hypothèques; ils n'ont pas à s'enquérir d'une procédure en expropriation forcée faite par d'autres et à y rechercher quelle est la position hypothécaire du débiteur saisi. Sans quoi la loi qui ne leur indique, pour cette recherche, que le registre du conservateur, serait une cause de déception pour eux.

Il n'est pas admissible que les tiers qui ont traité avec le débiteur sur la foi de la péremption d'inscriptions non renouvelées, soient induits en erreur et puissent devenir victimes de leur confiance. Nous ne pouvons donc accepter le système qui fait partir

(1) Merlin, Rép. V^o Saisie immobilière, § 6, art. 1^{er}, n^o 14; Grenier, tome I, n^o 111; Troplong, tome II, n^o 413 bis.

la dispense du renouvellement, à dater de la sommation prescrite par l'art. 692 C. Pr. Civ.

La Cour de Cassation a repoussé à différentes reprises ce système, qui a disparu par suite des modifications que la loi du 21 mai 1858 a apportées à notre code de procédure.

TROISIÈME SYSTÈME. — L'obligation de renouveler les inscriptions, pour éviter la péremption, ne cesse qu'après que l'ordre est ouvert et au moment où les créanciers produisent leurs titres.

« Ce moment, dit Merlin, est, en effet, celui où le créancier doit véritablement faire usage de son inscription. Eh! comment pourrait-il alors en faire usage, si elle n'existait plus dans toute sa vigueur? Que lui servirait-il alors de la produire, si dans l'intervalle de l'adjudication à l'ouverture de l'ordre, elle avait atteint son terme fatal et que par là elle fût considérée comme non avenue? » (1)

Il paraît rationnel que l'inscription reste vivante et valable jusqu'à l'ordre où elle doit produire son effet.

Et cependant nous ne pouvons adopter ce principe qui est en désaccord avec les exigences de certaines hypothèques.

Supposons que l'adjudicataire, immédiatement après l'adjudication, consigne son prix, comme c'est son droit et souvent son intérêt. La consignation est un paiement; ce paiement fait, l'adjudicataire aura le droit d'obtenir la radiation des inscriptions qui grèvent l'immeuble adjudgé. Si les inscriptions sont radiées, on ne peut pas les

(1) Merlin, Rép., V^o Inscr. hypot., § 8 bis, n^o 5.

renouveler. Quand s'ouvrira l'ordre, on ne pourra donc y apporter que des inscriptions périmées, ou, ce qui est pis, radiées. On ne peut pas établir en principe l'obligation de n'admettre à l'ordre que des inscriptions encore vivantes et valables; ce n'est donc pas par leur valeur, à l'ouverture de l'ordre, qu'il faut apprécier les inscriptions. En outre, l'ordre n'ajoute rien aux droits acquis des créanciers, il n'en est que déclaratif, il n'en règle que les effets.

QUATRIÈME SYSTÈME. — Le créancier n'est dispensé de renouveler son inscription qu'après la clôture de l'ordre et la délivrance des bordereaux de collocation (1).

« L'ordre, dit-on, dans ce système, peut traîner en longueur pendant plusieurs années; l'adjudicataire peut revendre l'immeuble; le tiers acquéreur qui ne trouve que des inscriptions périmées paie son vendeur direct, et se croit en sûreté. Mais, vain espoir! on vient le tourmenter malgré sa bonne foi, et le dépouiller peut-être, au mépris des dispositions de la loi qui le garantissent du droit de suite ».

Le motif indiqué par cet auteur n'est pas exact, car les droits des créanciers ne sauraient dépendre des lenteurs de la procédure.

L'effet légal de l'inscription, ajoute-t-on, est de déterminer le rang des créanciers; or, l'effet est produit aussitôt que, par la clôture de l'ordre, ce rang est irrévocablement fixé. A partir de ce moment, il serait contraire aux règles de l'équité d'exiger le

(2) Dalloz, Priv. et hyp., n° 1678.

renouvellement des inscriptions, alors même que l'adjudicataire mis en demeure de remplir les obligations imposées par le cahier des charges, serait contraint par la folle enchère à délaisser l'immeuble saisi. L'ordre est un contrat judiciaire précédé d'un débat contradictoire pendant lequel chaque créancier a produit ses titres, fait valoir ses causes de préférence, soutenu ses droits. Les positions respectives sont arrêtées d'une manière irréfragable par l'ordonnance du juge. L'événement possible d'une surenchère ne peut rien changer à la position des créanciers entre eux. Que la seconde adjudication fasse élever ou baisser le prix de l'immeuble, des créanciers placés dans les derniers rangs pourront y gagner ou y perdre ; mais l'ordre arrêté par le juge subsistera dans toute sa force, après la deuxième adjudication, entre les autres créanciers que ne pourrait atteindre la diminution du prix.

Nous n'adoptons pas ce système que nous avons déjà repoussé en matière de vente volontaire. Par suite de l'analogie qui existe entre ces deux situations juridiques, nous pouvons appliquer à l'expropriation forcée les arguments que nous avons opposés précédemment au système de Dalloz.

CINQUIÈME SYSTÈME. — Le renouvellement des inscriptions est inutile à partir du jugement d'adjudication.

Ainsi une inscription prise le 1^{er} janvier 1884 qui n'a pas été renouvelée le 1^{er} janvier 1894 ne sera pas périmée, à quelque époque que l'ordre soit ouvert, et le créancier payé, si l'immeuble hypothéqué

ayant été saisi, le jugement d'adjudication est intervenu avant le 1^{er} janvier 1894.

Le but de l'hypothèque, si le créancier n'est pas payé, c'est la vente de l'immeuble ; dès que cette vente qui n'est autre chose que l'exercice de l'action hypothécaire est opérée, l'hypothèque a atteint complètement son but ; par conséquent l'inscription qui est le moyen de la conserver a perdu sa raison d'être.

Le jugement d'adjudication rend définitif l'engagement contracté par l'enchérisseur de payer le montant de son enchère, si l'adjudication était prononcée à son profit ; il forme, entre l'adjudicataire et les créanciers inscrits, un contrat judiciaire en vertu duquel celui-ci est devenu leur débiteur direct et personnel. L'immeuble saisi s'est trouvé ainsi converti en une somme d'argent ; cette somme d'argent a pris sa place dans le patrimoine du saisi qui n'a même pas le droit de la toucher, puisqu'elle doit être distribuée par la voie de l'ordre entre ses créanciers. Le droit réel que ceux-ci avaient sur l'immeuble s'est ainsi transformé en un droit sur le prix et les inscriptions hypothécaires ont produit dès ce moment tout l'effet dont elles sont susceptibles (1).

Sans doute ce sera l'ordre qui réglera le rang des créanciers, et peut-être s'écoulera-t-il un temps plus ou moins long entre l'adjudication et la répartition du prix, mais l'ordre, nous l'avons vu, n'est

(1) Grenier, t. I, n° 108 ; Duranton, t. 20, n° 163 ; Troplong, t. 3, n° 717 ; Aubry et Rau, t. III, p. 374 et 376 ; Colmet de Santerre, t. IX, n° 134 *bis*, XVII ; Laurent, t. XXI, n° 131 ; Mourlon, t. III, n° 1591.

pas attributif de droits nouveaux pour les créanciers, il n'est que déclaratif des droits existant au jour de l'adjudication.

« L'ordre, dit Grenier, est seulement l'exécution de l'adjudication lors de laquelle toutes les hypothèques inscrites ont été converties en actions sur le prix ».

Les droits des créanciers inscrits sur l'immeuble sont, à partir de l'adjudication, si bien reportés sur le prix qui le représente et qui doit servir à les désintéresser, que les intérêts de toutes sommes qui leur sont dues, courent du jour de l'adjudication, même dans le cas où la convention dispensait le débiteur de leur en payer.

En outre, le jugement d'adjudication dépouille le débiteur de la propriété de l'immeuble pour en investir l'adjudicataire, et transforme le gage immobilier des créanciers en un prix irrévocablement fixé. Ne serait-il pas illusoire de laisser subsister une inscription hypothécaire contre celui qui n'est plus ni propriétaire de l'immeuble, ni débiteur du prix ?

Avant la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, cette solution était presque universellement admise. Elle trouvait sa justification dans le double motif que ce jugement arrêta le cours des inscriptions et qu'il constituait, comme nous venons de l'expliquer, l'adjudicataire débiteur personnel et direct des créanciers.

Mais aujourd'hui que le jugement d'adjudication n'arrête plus par lui-même le cours des inscriptions, et que cet effet n'est attaché qu'à la transcription de

ce jugement, le premier de ces motifs n'existe plus, et l'on a conclu de là que la nécessité du renouvellement ne cesse qu'à partir de la transcription du jugement d'adjudication.

Nous verrons en exposant le sixième système, si l'innovation de la loi de 1855 justifie ce changement de doctrine. Nous devons cependant énumérer ici les arguments invoqués par les auteurs qui persistent à adopter l'ancien système.

La loi de 1855 ne fait, dit-on, qu'établir une formalité de publicité, sans modifier les conséquences juridiques des actes qu'elle y soumet, notamment du jugement d'adjudication. Aujourd'hui, comme autrefois, disent Aubry et Rau, l'adjudicataire devient par l'effet même du jugement d'adjudication, et en vertu d'un véritable contrat judiciaire, débiteur direct de son prix envers les créanciers inscrits en ce moment. Si de nouvelles inscriptions peuvent être prises jusqu'à la transcription du jugement, il n'en résulte pas que ces créanciers aient besoin de renouveler leurs propres inscriptions, pour conserver un droit qui leur était irrévocablement acquis.

Cela est si juste, ajoute-t-on, qu'avant la loi du 21 mai 1858, comme les sommations de l'art. 692 C. Pr. Civ. n'étaient pas prescrites à l'égard des créanciers à hypothèques légales occultes, ces créanciers étaient admis à s'inscrire même après l'adjudication sur saisie. L'éventualité d'inscriptions opérées après l'adjudication n'empêchait nullement que tout le monde fût d'accord pour reconnaître que les créanciers incrits étaient dispensés de

renouveler leur inscription à compter du jugement d'adjudication (1).

Quelques auteurs décident que l'inscription doit être soumise au renouvellement, non seulement jusqu'à l'adjudication définitive, mais encore jusqu'à l'expiration du délai de la surenchère qui rend cette adjudication irrévocable. En effet, disent-ils, l'adjudication définitive n'est encore que l'offre d'un prix fait aux créanciers, mais ce prix peut n'être point accepté. Par l'effet de la surenchère, l'immeuble peut passer dans d'autres mains que celles de l'adjudicataire, il faut que l'hypothèque l'accompagne et le suive dans cette transmission à un nouveau propriétaire, il faut que le surenchérisseur reçoive l'immeuble frappé de l'hypothèque, qu'il la connaisse au moment où il achète et qu'ainsi l'inscription soit encore existante. L'hypothèque ne peut cesser d'être astreinte au renouvellement que lorsqu'elle n'existe plus comme hypothèque, mais seulement comme droit de préférence sur un prix définitivement fixé.

Nous avons déjà développé les raisons qui nous font repousser ce système. C'est l'adjudication qui fixe le rang des inscriptions, au moment où elle est prononcée, et qui dispense de renouveler celles qui périssent postérieurement. L'ordre n'est que l'exécution du jugement d'adjudication et le paiement

(1) Bordeaux, 19 novembre 1868, S. 69, 2, 117; Caen, 9 mai 1871, S. 72, 2, 225; Lyon, 18 février 1876, D. P., 77, 2, 249; Aix, 14 mars 1884, Gazette du Palais, sept. 1884 p. 295; tribunal civil Gaillac, 11 mai 1886, Gazette du midi, 30 mai; Agen, 16 novembre 1886, S. 87, 2, 228; Toulouse, 1^{er} mars, 1889, S. 90, 2, 129.

effectué plus tard rétroagit au jour de cette adjudication.

Cette dispense de renouvellement que la plupart des auteurs considèrent comme définitivement acquise aux créanciers inscrits à compter du jugement d'adjudication, subsisterait-elle, si l'adjudication venait à être suivie d'une surenchère du sixième ?

Non, disent quelques-uns, parce que la surenchère résout la première adjudication qui est réputée n'avoir jamais existé.

La surenchère a pour effet de prolonger jusqu'à la nouvelle adjudication la possibilité de s'inscrire et la nécessité de renouveler son inscription (1).

Troplong (2) fait une distinction. Si la deuxième adjudication a lieu au profit d'un autre que le premier acheteur, l'adjudication se trouve résolue. Si, au contraire, le premier adjudicataire conserve l'immeuble après la seconde adjudication, « la condition résolutoire qui grevait son premier contrat d'adjudication se trouve évacuée, ce contrat est purifié et il est censé avoir été propriétaire pur et simple du jour de cette première adjudication ».

Nous n'admettons pas cette distinction. La surenchère du sixième ne détruit pas l'adjudication, mais augmente plutôt les chances de paiement des créanciers.

Nous avons vu précédemment, en nous occupant de la vente volontaire, que la surenchère profitait aux créanciers en leur procurant un prix plus

(1) Paul Pont, n° 1057.

(2) Tome III, § 720.

élevé. Les arguments que nous avons présentés pour le cas de surenchère du dixième s'appliquent également au cas actuel.

Le jugement d'adjudication a-t-il encore pour effet de dispenser les créanciers hypothécaires de renouveler leurs inscriptions, s'il survient une revente sur folle enchère ?

Les auteurs qui soutiennent la négative, disent que le défaut de paiement du prix par l'adjudicataire doit être considéré comme une condition résolutoire anéantissant rétroactivement l'adjudication.

Les inscriptions n'ont, disent-ils, produit leur effet que lorsque les créanciers inscrits sont payés ; jusqu'à cette époque elles doivent être renouvelées. L'insolvabilité de l'adjudicataire a pu, en effet, ne se manifester qu'après le règlement de l'ordre et lorsque les créanciers se sont présentés pour toucher le montant des bordereaux de collocation. C'est seulement alors qu'ils poursuivront la revente sur folle enchère et qu'il y aura une adjudication nouvelle (1).

Nous pensons qu'il ne serait pas raisonnable d'obliger les créanciers à renouveler leurs inscriptions jusqu'à cette dernière adjudication. Ils n'ont eu, pendant tout le temps qu'a pu durer le règlement de l'ordre, aucune des pièces nécessaires pour le faire, puisqu'ils ont dû déposer leurs titres et les bordereaux de leurs inscriptions pour se faire colloquer. De plus, à partir de l'adjudication primi-

(1) Paul Pont, n° 1057; Cass. 16 mai 1854, S. 55, 1, 54; Chambéry, 12 mai 1869, D. P. 69, 2, 164.

tive, ils ont été fondés à croire qu'ils n'auraient plus qu'une action sur une somme à distribuer. D'ailleurs la folle enchère ne modifie en rien les effets du jugement d'adjudication. L'adjudicataire sur folle enchère n'est pas, à proprement parler, un nouvel acquéreur, il n'est autre que le remplaçant de l'adjudicataire primitif dont il se met aux lieu et place; il y a substitution de personnes sans changement de droits. Tout ce qui avait été fait jusqu'alors reste accompli, l'ordre commencé se continue d'après la même procédure, l'ordre terminé subsiste (art. 779 C. Pr. Civ.); la seule différence qui résulte de la folle enchère, consiste dans la plus ou moins grande élévation du prix à distribuer (1).

On peut tirer en faveur de notre opinion un argument très explicite de l'art. 740 C. Pr. Civ. Cet article porte « que le fol enchérisseur est tenu de la différence entre son prix de vente et celui de la revente sur folle enchère, sans pouvoir réclamer l'excédent, s'il y en a ». Si on conclut généralement de cet article que l'adjudication sur folle enchère est une résolution, puisqu'elle résout les droits du fol enchérisseur, on décide en même temps qu'elle est une revente puisqu'elle laisse subsister ses obligations.

« Comment M. Pont, disent Aubry et Rau, n'a-t-il pas été frappé de la considération que l'inexécution des engagements contractés par l'adjudicataire ne saurait avoir pour résultat de priver tels

(1) Troplong, III, nos 721 et 722; Martou, III, no 1158; Aubry et Rau, III, § 280.

ou tels des créanciers de droits qui leur étaient acquis vis-à-vis des autres ? »

Lorsque l'adjudicataire a revendu l'immeuble à lui adjugé, quelle sera la condition des créanciers qui auront laissé périmer leurs inscriptions depuis l'adjudication ? Auront-ils le droit de poursuivre la revente sur folle enchère au détriment du nouvel acquéreur ? Troplong admet la négative. On ne peut, dit-il, avec des inscriptions périmées, venir troubler un sous-acquéreur de bonne foi. On ne peut poursuivre la revente sur folle enchère, pour déposséder un adjudicataire qui ne possède plus, et vouloir obtenir une revente contre un tiers acquéreur par voie de suite. « De deux choses, l'une, ajoute-t-il, ou la revente sur folle enchère est l'exercice du droit hypothécaire, ou elle ne l'est pas. Si elle l'est, on ne peut la poursuivre *sur le tiers détenteur* qu'à l'aide d'une inscription encore subsistante, et ici elle est périmée ; ou elle ne l'est pas, et alors on ne peut la suivre que tant que l'adjudicataire reste propriétaire de la chose et ne l'a pas aliénée. » Nous adoptons le système contraire avec la jurisprudence. Puisque la revente sur folle enchère est considérée comme une résolution de l'adjudication, elle entraîne donc forcément celle de tous actes de disposition émanés de ce fol enchérisseur par application de la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. L'acquéreur du fol enchérisseur n'est donc pas en présence d'un droit de suite, il subit simplement un droit de résolution dont les créanciers du saisi sont investis contre lui comme si ce droit eut existé contre le fol enchérisseur. La péremption de

l'inscription ne saurait dès lors mettre obstacle vis-à-vis des tiers acquéreurs, à une poursuite de folle enchère qu'elle n'empêcherait pas à l'égard du fol enchérisseur de qui celui-ci tient son droit (1).

Il peut arriver que le prix de la folle enchère soit plus élevé ; dans ce cas les créanciers qui ont laissé éteindre leur hypothèque depuis le premier jugement d'adjudication, n'auraient aucun droit sur la différence (2). Certains créanciers peuvent donc avoir intérêt à renouveler leurs inscriptions.

En résumé, les créanciers sont dispensés de renouveler leurs inscriptions à partir du jugement d'adjudication « non seulement dans leurs rapports avec l'adjudicataire, mais encore dans leurs rapports les uns à l'égard des autres ».

L'avantage ainsi acquis aux créanciers subsiste même dans le cas où l'adjudication viendrait à être suivie de surenchère, et dans celui où, à défaut de paiement du prix par l'adjudicataire, les immeubles expropriés seraient revendus à la folle enchère, mais il disparaît complètement, si l'adjudication est déclarée nulle ou si le jugement d'adjudication est infirmé sur appel. Nous avons dit que cette solution était généralement admise avant la loi du 23 mars 1855. Nous devons maintenant examiner si cette loi n'a pas modifié l'état de choses antérieur.

SIXIÈME SYSTÈME. — La transcription du jugement d'adjudication seule dispense les créanciers de renouveler leurs inscriptions.

(1) Cass. 8 août 1854, D. P. 54, 1, 270 ; Toulouse, 4 mars, 1854, D. P. 64, 2, 72.

(2) Laurent, XLI, nos 133 et 134.

On soutient vainement que le jugement d'adjudication, ayant rendu le prix définitif à l'égard des créanciers hypothécaires, a purgé toutes les hypothèques et a transformé le droit hypothécaire des créanciers en un droit sur le prix. C'est au contraire la transcription de ce jugement qui, seule, a pour effet d'arrêter le cours des inscriptions et de purger l'immeuble exproprié des hypothèques et privilèges dont il était grevé. C'est seulement à ce moment que le droit de suite est éteint; et les créanciers n'ayant plus qu'un droit de préférence sur le prix, le rang suivant lequel ils seront payés, est reporté de l'immeuble sur le prix et reste définitivement fixé. Jusque-là le privilège et l'hypothèque ne sont valablement conservés qu'au moyen du renouvellement en temps utile des inscriptions qui les conservent. Il nous sera facile de le démontrer en combinant les dispositions de la loi du 23 mars 1855 avec l'art. 717 du C. de Pr. Civ.

Aux termes de l'art. 1^{er} § 4 de la loi de 1855, tout jugement d'adjudication, autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant, doit être soumis à la transcription. La propriété vis-à-vis des tiers n'est donc transférée à l'adjudicataire que par la transcription du jugement d'adjudication. Il faut bien, puisque les créanciers peuvent s'inscrire utilement dans l'intervalle qui s'écoule depuis l'adjudication jusqu'à la transcription (art. 3 et 6), que les créanciers inscrits antérieurement à l'adjudication puissent conserver, par le renouvellement, leurs droits hypothécaires contre les créanciers inscrits depuis l'adjudication.

Avant la loi de 1855, il est vrai, l'acquéreur était censé avoir pris l'engagement de payer son prix seulement aux créanciers inscrits au moment de l'adjudication, d'après le rang qu'avaient alors leurs inscriptions. Mais aujourd'hui il ne peut plus contracter un pareil engagement ; il ne peut évidemment pas s'exposer à payer plus que le prix d'adjudication ou même à perdre l'immeuble, s'il ne veut pas verser ce prix une seconde fois, jusqu'à concurrence des inscriptions prises depuis l'adjudication jusqu'à la transcription. L'acquéreur n'a même plus la certitude de conserver l'immeuble, puisqu'il peut en être évincé par un tiers acquéreur, qui aurait fait transcrire avant lui. On objecte à tort qu'aucune innovation n'a été apportée ici par la loi de 1855. Un contrat judiciaire intervient certainement entre tous les créanciers inscrits et l'adjudicataire, mais ce contrat doit, à moins de dérogation formelle, être interprété dans un sens conforme à l'esprit de la législation qui nous régit actuellement. C'est donc aux créanciers inscrits au moment de la transcription et non de l'adjudication, que l'adjudicataire s'engage à payer le prix d'adjudication. D'un autre côté l'art. 717 du C. Pr. Civ. modifié par la loi du 21 mai 1858, porte : « Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus d'action sur le prix. » Puisque la purge des hypothèques inscrites est produite seulement à l'instant de la transcription du jugement d'adjudication, on peut en conclure que c'est seulement à ce moment que les hypothèques peuvent produire leur effet légal.

Nous pouvons encore invoquer un argument décisif en faveur de ce système. Nous avons vu précédemment que le saisi, quoiqu'il soit incapable d'aliéner, conserve plein et entier, après la sommation prescrite par l'art. 692 C. Pr. Civ., le droit d'hypothéquer. Il est certain que le droit d'hypothéquer subsiste jusqu'au jour où le jugement d'adjudication a été transcrit. Cette faculté accordée au saisi de grever d'hypothèques l'immeuble adjudgé, exige nécessairement le maintien de toutes les inscriptions jusqu'à la transcription (1).

D'ailleurs serait-il logique d'admettre que le créancier pût inscrire pour la première fois son hypothèque jusqu'à la transcription du jugement d'adjudication, tout en lui refusant le droit d'inscrire à nouveau jusqu'au même moment, l'inscription hypothécaire qui serait atteinte par la péremption ?

Nous n'hésitons pas à nous rallier à cette opinion qui paraît définitivement adoptée par la jurisprudence depuis l'arrêt de la cour de Cassation du 4 mai 1891 (2).

Le tribunal de Cahors, dans un jugement du 25 janvier 1892, fait cependant, dans une hypothèse particulière, une réserve qu'il est utile d'indiquer.

Ce tribunal décide que lorsque l'adjudicataire est en même temps créancier inscrit, il n'est pas recevable à se prévaloir du défaut de renouvelle-

(1) Troplong : Transcription, n° 272; Thézard, n° 152; Ollivier et Mourlon : Traité de l'ordre, n° 235; Bressoles : Transcription, n° 80.

(2) Nîmes, 11 juillet 1884; Aix, 10 juin 1884, S. 84, 2, 155; Bordeaux, 1^{er} décembre 1885, S. 87, 2, 167; Cass. 4 mai 1891, S. 91, 1, 373; Tarbes, 15 juillet 1892, art. 7184, répertoire périodique du notariat; Tribunal Orthez, 3 janvier 1894 (La Loi, 21 février).

ment, s'il n'a fait transcrire le jugement d'adjudication que longtemps après le délai fixé par l'art. 750 du C. Pr. Civ.

Sur ce point la décision du tribunal de Cahors ne nous paraît pas contestable en raison des faits de la cause. En effet, *le créancier inscrit* qui s'était porté adjudicataire, n'avait fait transcrire le jugement d'adjudication que quatre années plus tard, et c'est avec raison que le tribunal avait pu voir dans ce fait une présomption de fraude. « Que si l'adjudicataire est en même temps créancier, il ne peut pas, dit ce jugement, en se fondant sur une distinction qui serait par trop subtile, dire qu'en cette qualité d'adjudicataire, il n'est pas responsable, et que, comme créancier, il peut invoquer le défaut de transcription ; que consacrer une pareille argumentation serait ouvrir une porte à la fraude, l'adjudicataire créancier ayant intérêt à retarder la transcription de son jugement d'adjudication dans le cas où il s'apercevrait que certaines inscriptions sont sur le point de périmer, et ayant à cet égard de grandes facilités pour profiter de la négligence des créanciers auxquels elles appartiennent ».

§ III

Expropriation pour cause d'utilité publique

A quel moment les créanciers seront-ils dis-

pensés de renouveler leurs inscriptions, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ?

Ce n'est certainement pas au moment où la cession amiable des immeubles désignés par l'arrêté de cessibilité du préfet est consentie par les propriétaires. Cette cession est, en effet, complètement étrangère aux créanciers.

A défaut de cession amiable, il y a lieu de procéder à l'expropriation par autorité de justice. C'est le tribunal civil de l'arrondissement de la situation des biens qui est chargé de prononcer l'expropriation. Est-ce à partir du jugement d'expropriation que les inscriptions auront acquis leur effet légal ? Non, car il ne s'est formé aucun contrat entre les créanciers et la personne qui poursuit l'expropriation. Les auteurs sont en désaccord quand il s'agit de fixer l'époque à laquelle les inscriptions échappent à la nécessité du renouvellement. Deux systèmes sont en présence.

D'après une première opinion, l'effet légal de l'inscription serait produit à partir de la transcription du jugement d'expropriation ou de l'acte de cession amiable qui en tient lieu.

D'après une seconde opinion, l'obligation du renouvellement cesserait à l'expiration de la quinzaine qui suit le jugement d'expropriation.

L'art. 17 de la loi du 3 mai 1841 porte : « Dans la quinzaine de la transcription, les privilèges et les hypothèques conventionnelles, judiciaires et légales seront inscrits ». Il y a lieu de faire observer que l'obligation d'inscrire les hypothèques dans la quinzaine s'étend aux hypothèques légales,

aussi bien qu'aux hypothèques judiciaires et conventionnelles. C'est là une dérogation aux dispositions du droit commun qui ne fait courir le délai d'inscription qu'à compter des dépôts, notifications et affiches exigés par l'art. 2194 C. Civ. La faculté accordée aux créanciers privilégiés ou hypothécaires de prendre inscription pendant un délai de quinze jours après la transcription, les auteurs de la loi du 3 mai 1841 l'ont probablement puisée dans les articles 834 et 835 du Code de Pr. Civ. qui donnaient aux créanciers pour s'inscrire, le même délai. Or, l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 a formellement abrogé les art. 834 et 835 du Code de Pr. Civ. On s'est demandé si l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841 pouvait survivre aux articles 834 et 835 dont il n'était qu'une application. Telle est l'origine de la controverse que nous avons à examiner.

On dit en faveur de la première opinion, que la disposition de l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841 a été incontestablement empruntée aux articles 834 et 835 du C. Pr. Civ. et que l'esprit de la loi du 23 mars 1855 a été d'abroger ces articles dans toute leur étendue, sauf les réserves exprimées dans le deuxième paragraphe de l'art. 6. On ajoute que le système contraire heurte les principes qui ont toujours été suivis pour l'interprétation des lois. Les lois doivent, en effet, s'interpréter les unes par les autres, et les plus récentes dérogent aux plus anciennes, dans les points où elles sont incompatibles. C'est ce qu'on exprime par l'adage : *posteriora derogant prioribus*.

Qu'on suppose, pour un moment, la loi d'expro-

priation postérieure à la loi qui a fait, de la transcription, une condition essentielle de la transmission de la propriété à l'égard des tiers, est-ce que le législateur aurait laissé aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, non inscrits avant la transcription, la faculté de s'inscrire dans la quinzaine de la transcription ? Le législateur ne l'aurait pas fait ; d'ailleurs le législateur de 1841 n'a pas voulu régler par une loi spéciale l'expropriation pour cause d'utilité publique, puisque l'art. 54 de cette loi porte que les sommes dues par l'administration doivent être distribuées ou remises selon les règles du droit commun. Or, le droit commun en notre matière, c'est aujourd'hui la loi du 23 mars 1855.

On ajoute enfin qu'il n'y a aucun motif de conserver aux créanciers en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique un délai de grâce qu'ils ont perdu en droit commun (1).

Cette première opinion a peu de partisans ; nous n'hésitons pas à nous prononcer en faveur de la seconde qui est adoptée par la majorité des auteurs.

A côté de la règle : *posteriora derogant prioribus*, il en est une autre également empruntée au droit romain : c'est que les lois générales ne dérogent pas aux lois spéciales, *generalia specialibus non derogant*. L'expropriation pour cause d'utilité publique est uniquement réglée par la loi de 1841 qui est une loi spéciale par rapport à celle du 23 mars 1855. Notre système peut d'autant moins être mis en doute que, dans la discussion de la loi

(1) Mourlon : Traité de la transcription, n° 88.

sur la transcription, on ne rencontre pas même une allusion à la loi sur l'expropriation.

La loi de 1841 n'a pas pu copier les dispositions des articles 834 et 835 du C. pr. civ. puisqu'elle dispose directement. Elle devra donc être appliquée, tant qu'elle n'aura pas été rapportée par une loi expresse. En matière d'expropriation, c'est le jugement qui attribue *ergà omnes* la propriété à l'expropriant. La transcription prescrite par la loi de 1841 diffère profondément de la transcription faite en vertu de la loi du 23 mars 1855. L'une est une formalité préparatoire de la purge et le point de départ du délai de quinzaine ; l'autre est au contraire translatrice de propriété à l'égard des tiers. Il y a donc impossibilité d'appliquer à l'expropriation la loi de 1855, et l'art. 17 de la loi de 1841 doit donc encore être considéré comme une disposition exceptionnelle (1).

Le système que nous avons adopté est, du reste, conforme à l'opinion qu'a émise M. de Casabianca, le rapporteur, au Sénat, de la loi de 1855. « MM. les commissaires du Gouvernement, y est-il dit, ont déclaré qu'il n'était nullement dérogé à la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique ; qu'ainsi les délais accordés par cette loi aux parties intéressées étaient intégralement maintenus (2).

(2) Voir aussi une instruction du directeur de l'enregistrement du 15 novembre 1856, n° 2086.

(1) Cabantous: *Revue critique de la législation*, t. 7, p. 92; Aubry et Rau, III, § 280, n° 5, Colmet de Santerre, X, p. 348; Troplong, *Transcription*, n° 103; Bressoles, *Exposé des règles de droit civil sur la transcription*, n° 34; Rivière et Huguet: *Question sur la transcription*, n° 353.

Par conséquent nous sommes en droit de décider que les inscriptions doivent être renouvelées jusqu'à l'expiration du délai de quinzaine établi par l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841. A partir de ce moment les privilèges et hypothèques dont l'inscription est désormais acquise et assure aux créanciers une action sur le prix, sont définitivement fixés.

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 30 Janvier 1865 (1), a décidé avec raison que lorsque des inscriptions hypothécaires ont été prises sur un immeuble exproprié, et que le prix, après transcription du jugement a été déposé à la caisse des dépôts et consignations, il n'y a pas lieu à renouvellement.

C'est une conséquence du principe admis par la jurisprudence, que le point de départ de la dispense de renouvellement remonte à l'époque où le prix de vente est devenu définitif par l'accomplissement de la purge. « Que par l'effet du jugement d'expropriation et de la transcription qui l'a suivi, porte cet arrêt, les inscriptions hypothécaires ont produit leur effet légal, que les droits des créanciers ont été transportés sur le prix ; que le renouvellement décennal de ces inscriptions est devenu sans objet ; que le prix ayant été déposé à la caisse des consignations, ladite caisse ne pouvait être contrainte, à défaut de renouvellement des inscriptions, de se dessaisir de ce prix, au préjudice et sans le consentement desdits créanciers. »

(1) S. 65, 1, 141.

§ IV

Faillite du débiteur

Le jugement déclaratif de la faillite d'un débiteur dispense-t-il les créanciers de renouveler leurs inscriptions ?

Quelques auteurs ont prétendu que les droits des créanciers étaient irrévocablement fixés par suite de l'état de faillite. Ils tiraient en faveur de leur système un autre argument de l'art. 2146 Code Civil aux termes duquel les créanciers ne peuvent plus prendre utilement inscription sur les biens du failli à partir de l'époque qui détermine la cessation de paiement.

« La position des créanciers, dit Pardessus (1), est fixée de manière que d'un côté nul ne puisse acquérir de droits particuliers au préjudice de la masse, et de l'autre que des actes conservatoires ne soient plus nécessaires pour assurer les droits existant au moment de la faillite. Ainsi, un créancier hypothécaire n'a plus besoin de renouveler son inscription qui subsistait lors de l'ouverture de la faillite. »

(1) Droit commercial, IV, n° 1123; Persil, art. 2154, n° 7; Delvincourt, III, p. 168.

Cette opinion a été consacrée par plusieurs arrêts de Cour d'Appel (1), mais elle a toujours été rejetée par la Cour de Cassation. Elle ne nous paraît pas devoir être adoptée.

Si les droits des créanciers sont fixés à partir du jugement déclaratif de la faillite, c'est uniquement en ce sens qu'ils ne peuvent pas être augmentés, mais on serait mal fondé à induire qu'aucune prescription ne peut plus s'accomplir en faveur de la masse. Les créanciers peuvent faire, après la faillite, contre les syndics, tous les actes conservatoires de leurs droits. Ces actes n'entravent pas, en effet, l'administration de ces derniers; ils sont même indispensables pour empêcher des péremptions ou des déchéances de s'accomplir au profit de la masse. On ne peut donc pas dire que l'inscription est dispensée de renouvellement, parce qu'elle a acquis son effet légal. La faillite du débiteur n'attribue pas aux créanciers un droit déterminé sur le prix de l'immeuble grevé d'hypothèque. Le failli est, il est vrai, dessaisi de l'administration et du droit de disposer de ses biens, mais il n'en perd pas la propriété. Du reste le failli peut s'arranger avec ses créanciers ou même les désintéresser complètement, il peut aussi faire annuler les premières poursuites dirigées contre lui; il peut encore obtenir un concordat et être remis à la tête de ses affaires. Dès lors, ne faut-il pas que les tiers qui traiteraient postérieurement avec lui, aient un moyen de connaître toutes les inscriptions qui

(1) Paris, 9 mars 1812, S. 12, 2, 408; Paris, 7 décembre 1831, D. P. 32, 2, 77.

grèvent ses immeubles ? Alors même qu'il n'existerait point de concordat et que la vente des biens du failli se poursuivrait, à la requête des syndics, l'adjudicataire de ces biens appellera-t-il à l'ordre les créanciers hypothécaires dont les inscriptions remonteront au-delà de dix ans, puisqu'ils ne devront point être compris par le conservateur dans l'état des inscriptions ? Aussi les dispositions des articles 448. C. Com. et 2146. C. Civ. ne peuvent-elles s'appliquer qu'à la première inscription ; on ne doit pas les étendre à la première inscription qui est prise en renouvellement de la première. C'est une distinction que consacrait implicitement l'ancien article 443 C. Com. en disant que « nul ne peut *acquérir* privilège ou hypothèque sur les biens du failli, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. »

« La loi, dit Mourlon (1) ne permet point qu'un créancier puisse en présence du désastre qu'implique la faillite de son débiteur, améliorer sa condition au préjudice des autres créanciers ; mais elle ne lui défend point de *conserver* celle qu'il s'est assurée en temps utile. »

Non seulement le renouvellement doit être fait par le créancier après le jugement déclaratif de la faillite, mais il est encore nécessaire après la formation d'un contrat d'union (2). Ce n'est pas là la consécration d'un droit nouveau, c'est seulement la conservation d'un droit depuis longtemps oppo-

(1) Transcription en matière hypothécaire, n° 658.

(2) Paris, 19 novembre 1842. Droit, 14 décembre ; Troplong, Priv. et hyp., n°s 660 bis et 727 ter.

sable aux tiers et qui n'a jamais cessé de l'être (1). On peut ajouter que si le créancier a le droit de renouveler son inscription après la déclaration de faillite, il a aussi grand intérêt à le faire, puisque, s'il laissait passer dix ans, sans agir, il perdrait le bénéfice de son inscription primitive, sans pouvoir en prendre une nouvelle, laquelle serait nulle d'après l'article 448.

La Cour de Paris, dans un arrêt du 21 août 1862 (2), a décidé avec raison que le défaut de surenchère dans la quinzaine de l'adjudication des immeubles du failli, ne suffit point pour que les privilèges et hypothèques grevant ces immeubles puissent être considérés comme ayant produit leur effet. En effet, l'art. 573, en limitant à quinze jours, à dater de l'adjudication, la faculté de surenchérir ouverte à toute personne, n'a point enlevé aux créanciers inscrits sur les immeubles vendus le droit que l'art. 2185 C. Civ. donne d'une manière générale aux créanciers hypothécaires, de former une surenchère dans les quarante jours à partir des notifications à eux faites à fin de purge, par le tiers-acquéreur. Par conséquent les créanciers privilégiés et hypothécaires demeurent soumis, à défaut de surenchère dans la quinzaine, à la formalité du renouvellement décennal (3).

(1) Paris, 19 août 1841, S. 41, 2, 588; Cass. 2 décembre 1863, D.P. 64, 1, 405; Paris, 5 décembre 1885, D.P. 87, 2, 55; Grenier, I, n° 128; Duranton, XX, n° 168; Aubry et Rau, III, § 280; Martou, n° 1170; Baudot, n° 830.

(2) S. 62, 2, 545.

(3) Trib. civ. Caen, 29 janvier 1845, S. 45, 2, 648; Douai, 18 août 1865, S. 66, 2, 148.

La Cour de Cassation n'admet pas cette théorie. Elle décide « que le droit de surenchère ouvert aux créanciers inscrits par l'article 2185 C. Civ., ne peut être exercé au cas d'adjudication des immeubles d'un failli poursuivi par les syndics, conformément aux dispositions du Code de Commerce. Cette adjudication n'est soumise, d'après la Cour suprême, qu'à la surenchère, dans la quinzaine, de la part de toute personne (1). »

Faisons remarquer, au surplus, que l'inscription collective prise par les syndics dans l'intérêt de la masse ne dispense pas les créanciers hypothécaires du failli de renouveler les inscriptions particulières qui garantissent leurs droits de préférence sur les créanciers chirographaires (2).

De leur côté, les syndics qui doivent, à partir de leur entrée en fonctions, faire tous les actes nécessaires pour conserver les droits du failli contre ses débiteurs (C. Com. 490), doivent veiller au renouvellement des inscriptions hypothécaires prises par le failli. Les syndics qui négligeraient de prendre cette précaution, seraient passibles de dommages-intérêts au profit de la masse des créanciers.

Notons, en terminant, une décision rendue par la Cour de Cassation dans une espèce particulière. Le créancier, porte l'arrêt du 18 février 1877 (3), qui aurait pris une hypothèque judiciaire sur les

(1) Cass., 3 août 1864, S. 64, 1, 381; 8 avril 1867, S. 68, 1, 31; 13 août 1867, S. 67, 1, 390.

(2) Cass. 13 janvier 1874. D. P. 74, 1, 169.

(3) Droit, 12 avril 1877.

biens de son débiteur avant la faillite de ce dernier, mais qui aurait laissé périmer l'inscription, faute de renouvellement dans les dix ans, pourrait, en vertu du titre originaire, prendre une nouvelle inscription sur les immeubles advenus au failli après le concordat qui l'a remis à la tête de l'administration de ses biens.

La loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire n'a pas modifié les règles que nous venons d'exposer en matière de faillite.

En dehors des inscriptions prises au nom de la masse des créanciers, il ne peut être pris (art. 5 al. 2) sur les biens du débiteur, à partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, d'autres inscriptions soit de privilèges, soit d'hypothèques. Cet art. 5 al. 2 est la reproduction de l'art. 448 al. 1 C. Com. Le principe est le même, les conséquences en sont également les mêmes. On peut par conséquent conclure ici, comme dans la faillite, que ce principe ne s'applique pas aux renouvellements d'inscriptions antérieures, faites dans le but d'empêcher la péremption de dix ans.

§ V

Acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire

L'acceptation de la succession d'un débiteur sous

bénéfice d'inventaire ne dispense pas ses créanciers, de renouveler leurs inscriptions.

Si cette acceptation fixe les droits des créanciers, en ce sens que l'un ne peut plus améliorer sa situation au détriment des autres, il n'en résulte pas que ces créanciers soient dispensés d'accomplir les actes conservatoires de leurs droits.

L'art. 2146 défend d'acquérir une hypothèque par une inscription, mais non de conserver, au moyen du renouvellement, l'inscription encore en vigueur au moment de l'ouverture de la succession. Si le législateur avait voulu prohiber le renouvellement des inscriptions, il s'en serait formellement expliqué.

Le décès du débiteur et l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire sont sans influence sur l'inscription précédemment prise et ne saurait lui faire produire son effet légal, puisqu'ils ne fixent pas d'une manière invariable les rapports du créancier et de l'héritier. Ce dernier, quoique bénéficiaire, peut encore faire acte d'héritier pur et simple, et changer ainsi la position et les droits des créanciers.

Il n'est pas possible d'admettre que le droit réel du créancier hypothécaire soit, par le fait de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, converti en un droit sur le prix, alors que les immeubles peuvent ne pas être mis en vente immédiatement. Par conséquent l'objet principal de l'inscription, celui d'avertir les tiers, continue à exister (1).

(1) Aubry et Rau, III, § 280; Laurent XXXI, n° 146; Cass. 19 février 1825, S. 26, 2, 65; Cass. 14 novembre 1826, S. 27, 1, 329; Cass. 29 juin 1830, S. 30, 1, 254.

§ VI

Attribution des indemnités dues par suite d'assurances

La loi du 19 février 1889 relative à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances est venue, à notre avis, créer un nouveau cas d'effet légal des inscriptions.

Aux termes de l'article 2 de cette loi, « les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang ».

Les paroles de M. Labiche, rapporteur au Sénat, établissent d'une façon précise l'intention du législateur. « L'objet de l'article 2, disait-il, consiste à assimiler de plein droit l'indemnité payée par les compagnies d'assurances, au prix de vente des objets assurés sur lesquels existent soit des privilèges, soit des hypothèques. L'adoption de l'article aura donc pour effet de faire porter sur les indemnités dues par suite d'assurances, les privilèges ou hypothèques qui, en cas de vente, auraient pu s'exercer sur le prix ».

La loi de 1889 laisse donc survivre le privilège

ou l'hypothèque au bien sur lequel ils portaient et assimile l'indemnité d'assurance au prix de vente d'un bien grevé. Il en résulte que l'obligation de renouveler les inscriptions de privilèges ou d'hypothèques, cesse d'exister au moment où les droits de privilège et d'hypothèque ont été, par l'effet de la loi, transportés de l'immeuble sur l'indemnité d'assurance.

Ce moment où les droits d'hypothèque ou de privilège ont produit leur effet légal, est celui où le sinistre a lieu. Par conséquent, l'inscription venant en rang utile, qui est sur le point d'être périmée au moment où se produit le sinistre, qui, par exemple, a été prise neuf ans et onze mois avant le sinistre, n'a plus besoin d'être renouvelée dans la suite. Le créancier conserve le bénéfice de son inscription malgré le défaut de renouvellement postérieur, si toutefois il a pris la précaution, avant le sinistre, de dénoncer l'existence et le montant de son droit hypothécaire à la compagnie d'assurance débitrice de l'indemnité, car, aux termes de la loi de 1889, « les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables. »

CHAPITRE VIII

Des effets du renouvellement et des conséquences de l'omission de cette formalité.

« Le renouvellement, effectué en temps utile, conserve à l'inscription originaire toute son efficacité pendant un nouveau délai de dix ans à dater du jour où il a eu lieu, et met le créancier en position de pouvoir, au moyen de renouvellements ultérieurs, opérés chaque fois dans les dix ans à partir de la dernière inscription, prolonger indéfiniment la force et les effets de la première (1).

A l'inverse, le défaut de renouvellement fait perdre au créancier négligent le bénéfice que lui avait procuré son inscription, et le met dans la même situation que s'il ne l'avait jamais prise. On dit alors que l'inscription est périmée.

Cependant, bien que l'inscription se trouve anéantie, le droit hypothécaire subsiste, s'il n'est pas lui-même atteint par la prescription, dans les termes de l'art. 2180 C. civ. Le créancier a, par suite, le droit de prendre une nouvelle inscription qui n'aura d'effet que du jour de sa date, pourvu

(1) Aubry et Rau, III, p. 384.

toutefois qu'il soit encore dans les conditions voulues pour s'inscrire utilement (1).

Les effets de la péremption varient suivant la nature des créances privilégiées; nous les étudierons sous trois paragraphes distincts. Dans le premier, nous examinerons les hypothèques dont l'efficacité est nécessairement subordonnée à l'existence d'une inscription; dans le second, les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits; et enfin, dans le troisième, les privilèges.

§ I

Hypothèques pour l'efficacité desquelles une inscription est nécessaire

Nous avons à nous occuper ici des hypothèques conventionnelles, des hypothèques judiciaires et des hypothèques légales autres que celles des femmes mariées, des mineurs et des interdits.

Quand, pour l'une de ces différentes espèces d'hypothèque, l'inscription n'a pas été prise sur les registres du conservateur, l'élément essentiel de l'hypothèque qui est la publicité, fait défaut. C'est par l'inscription, et par elle seulement, que l'hypothèque peut se révéler utilement; nul autre moyen ne saurait la suppléer. Même pour ceux qui en connaissent l'existence, l'hypothèque qui n'a pas été inscrite, est sans valeur, parce qu'elle est léga-

(1) Cass. 16 janvier 1884, D. P. 84, 1, 323.

lement ignorée. Les effets que produit l'absence d'inscription s'appliquent également au défaut de renouvellement. Le droit de suite et le droit de préférence sont inexistants, tant que les hypothèques sont occultes. Le créancier qui a négligé de renouveler son inscription, se trouve dans la même situation vis-à-vis des tiers que celui qui n'a jamais pris d'inscription. Il est déchu désormais de toutes les prérogatives que l'inscription avait conférées à sa créance. Il perd son rang ; ses chances de remboursement se trouvent par cela même diminuées, puisqu'il est primé par tous les créanciers qui se sont inscrits depuis sa première inscription jusqu'à celle qu'il a prise tardivement. Bien plus, un danger autrement grave menace le créancier. Il peut se produire un des événements qui empêchent toute nouvelle inscription, tels que la transcription d'une aliénation, la faillite du débiteur ou l'acceptation bénéficiaire de sa succession. Par suite, le créancier qui néglige de renouveler son inscription et qui ne peut plus s'inscrire utilement, perd à la fois son droit de préférence et son droit de suite. Son droit hypothécaire n'a donc plus d'utilité pour lui, et il se trouve dans la même position qu'un simple créancier chirographaire.

§ II

Hypothèques légales des femmes, des mineurs et des interdits

Bien que la disposition de la loi qui impose le renouvellement des inscriptions, paraisse générale,

elle ne peut, cependant, s'appliquer aux hypothèques des mineurs ou interdits sur les biens de leur tuteur, ni à celles des femmes sur les biens de leur mari, car ces hypothèques, alors même qu'elles auraient été inscrites, pouvaient à la rigueur ne pas l'être. Ces hypothèques sont, en effet, dispensées de la formalité de l'inscription ; d'après le Code Civil, elles l'étaient même après la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage. Ainsi l'exception introduite en faveur des mineurs et des femmes mariées, ne cessait point avec leur incapacité, bien que pourtant elle eût pour fondement cette incapacité même.

Le défaut de renouvellement équivalant au défaut d'inscription, l'hypothèque de la femme mariée ou du mineur dont l'inscription n'aura pas été renouvelée, conservera ses effets comme elle les aurait conservés, si elle n'avait jamais été inscrite. Cette solution, dit Demante, est en harmonie parfaite avec les principes qui soustraient la femme, le mineur ou l'interdit à toutes les conséquences des négligences du mari et du tuteur en ce qui concerne la conservation de leurs droits.

La publicité n'est donc pas nécessaire pour ces deux hypothèques légales ; cependant, dans l'intérêt des tiers, la loi prend des mesures pour qu'elles ne restent pas ignorées. Elle impose à certaines personnes *l'obligation* et accorde à d'autres *la faculté* d'en requérir l'inscription. Dans tous les cas, le défaut d'inscription ne peut jamais nuire aux mineurs ou interdits, ni aux femmes mariées. Que leur hypothèque soit inscrite ou ne le soit pas,

qu'elle soit renouvelée ou non, le droit de suite n'en existe pas moins. Quant au droit de préférence, il date toujours de la même époque. Le rang de l'hypothèque de la femme mariée est déterminé par la date de l'événement qui a rendu la femme créancière de son mari (art. 2136). Quant aux mineurs et aux interdits, leur hypothèque n'a qu'une seule date, celle de l'acceptation de la tutelle, même pour les créances qui naîtront longtemps après.

Ajoutons que les personnes à qui est imposée l'obligation de remplir la formalité de l'inscription, doivent également, et sous les mêmes sanctions, la renouveler. Cette solution est consacrée par un avis du Conseil d'Etat du 22 janvier 1808.

Avant la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, la disposition exceptionnelle de l'article 2135 avait reçu dans l'application une extension exorbitante ; on la laissait subsister même après la dissolution du mariage, la cessation de la tutelle ou la mainlevée de l'interdiction. Cette règle, fort discutée en doctrine, était admise en jurisprudence. Les tribunaux s'étaient ralliés à une décision du Conseil d'Etat, en date du 3 mai 1812, d'après laquelle « il n'y avait pas nécessité de fixer un délai particulier aux femmes après la mort de leur mari ou aux mineurs devenus majeurs ou à leurs représentants, pour prendre inscription ». Cependant, en ce qui concerne le mineur, quelques Cours apportèrent une atténuation à la rigueur du principe, en décidant « que l'hypothèque était éteinte par l'expiration du délai de dix ans depuis la majorité de ce mineur,

sans qu'aucune inscription n'ait été prise (Arg. art. 475 C. Civ.) ».

Aujourd'hui, depuis la loi du 23 mars 1855, l'exception consacrée par l'art. 2135 est devenue ce qu'elle devait être réellement, une exception tout-à-fait personnelle et essentiellement temporaire.

« Si la veuve, porte l'article 8 de cette loi, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants-cause n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement ».

La loi de 1855 a donc fait disparaître l'anomalie que nous venons de signaler. Cette loi a pensé qu'il était inutile de prendre en main l'intérêt de personnes habiles à se protéger elles-mêmes. L'article 8 a donc pour motif la cessation de l'incapacité de la veuve, du mineur ou de l'interdit; ceux-ci sont tenus de faire inscrire leur hypothèque légale dans l'année qui suit le jour où ils ont recouvré leur capacité par la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle.

Si l'hypothèque a été inscrite dans le délai de l'article 8, elle est conservée avec toutes les prérogatives dont la loi l'a entourée. Si, au contraire, elle n'a pas été inscrite dans le délai légal, l'article 8 ne déclare pas éteint le droit hypothécaire de l'incapable. Non-seulement ce droit n'est pas perdu, mais il subsiste avec les caractères de la généralité. Prise après l'expiration de l'année, si aucune inscription ou trans-

cription ne vient la primer, l'hypothèque légale conserve son rang de première hypothèque. Cependant, dès cette époque de la fin de l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, l'efficacité de l'inscription de l'hypothèque légale est la même que celle d'une inscription hypothécaire ordinaire ; ainsi l'article 2151 deviendra applicable. La femme mariée, pendant l'année qui suit la dissolution du mariage, le mineur devenu majeur pendant l'année qui suit sa majorité, sont, en effet, dans une situation identique à celle du créancier à hypothèque conventionnelle pendant la dixième année, à compter de son inscription. S'ils négligent de prendre inscription dans le délai de l'art. 8, ils courent les mêmes risques que le créancier à hypothèque conventionnelle dont l'inscription est périmée au bout de dix ans. Par conséquent, si une inscription a été prise après l'année de la dissolution du mariage, par exemple, ou si une inscription prise par le mari avant la dissolution n'a pas été renouvelée après le délai de dix ans, l'hypothèque légale conservera encore ses effets, non plus à l'égard des tiers, mais à l'égard du mari, de ses héritiers, de ses créanciers chirographaires, de tous ceux en un mot, qui n'auraient pas obtenu de droits réels sur les immeubles du mari avant cette inscription tardive : la loi ne prononce de déchéance que vis-à-vis des tiers. Ainsi celui qui achète les immeubles du mari plus d'un an après la dissolution du mariage, ou après la péremption de l'inscription prise par le mari, qui fait transcrire

son contrat, qui obtient un certificat négatif de toute inscription d'hypothèque légale, n'a pas même besoin de faire de purge de l'hypothèque légale de la femme : si celle-ci venait par la suite à inscrire son hypothèque légale, il serait trop tard pour qu'elle pût frapper les immeubles vendus.

Le défaut d'inscription ou de renouvellement après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, peut entraîner d'autres conséquences. Nous savons que l'art. 2146 C. Civ. déclare sans effet entre les créanciers d'une succession bénéficiaire l'inscription prise par l'un d'eux depuis l'ouverture de cette succession. En combinant cette disposition avec l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, il en résulte que si la veuve, par exemple, ne prend pas inscription dans l'année de la dissolution du mariage, elle aura perdu non seulement son rang, mais encore son droit hypothécaire. Le bénéfice d'inventaire crée un obstacle légal qui empêche toute inscription de la part de tous créanciers, même de la femme qui voudrait l'opérer après l'année. C'est donc le cas de dire que cette inscription tardive contre la succession bénéficiaire ou vacante du mari n'aura aucun effet. Cette déchéance s'appliquera à la femme comme à ses héritiers ou à ses ayants-cause (1). Mais le bénéfice d'inventaire ne saurait être un obstacle au renouvellement de l'inscription que la femme aurait prise en temps utile, inscription qu'elle peut et même doit conserver. D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue que

(1) Orléans, 26 août 1869, J. Pal. 70, 466.

l'inscription tardive n'est annulée que dans l'intérêt des créanciers de la succession bénéficiaire.

Nous avons dit que la publicité n'était pas nécessaire pour les hypothèques des femmes mariées, des mineurs et interdits et que le défaut d'inscription, pendant le mariage ou la tutelle, ne pouvait leur nuire. Cependant il y a certains actes et certaines procédures qui rendent obligatoire cette inscription; c'est ce qui arrive en cas de purge légale; le mari et le procureur de la République sont mis en demeure de la requérir. Il en est de même en matière de saisie immobilière; ces personnes doivent requérir l'inscription de l'hypothèque légale de la femme du saisi (art. 692 C. pr. civ.)

Si un acquéreur d'un immeuble appartenant à un mari fait la purge des hypothèques légales et si la femme prend inscription pendant le cours de cette procédure, cette inscription sera-t-elle soumise au renouvellement?

L'hypothèque légale n'est pas convertie en hypothèque ordinaire par le fait de la purge; l'article 2154 ne lui est donc pas applicable. Cette inscription frappe l'immeuble vendu jusqu'à ce qu'elle ait produit son effet par la distribution du prix de vente, mais elle n'enlève pas à l'hypothèque légale son privilège de pouvoir subsister sans inscription. La femme ne peut encourir de déchéances qui ne résultent pas de son fait personnel. Le mari seul est responsable de sa négligence à prendre ou renouveler une inscription. Cette incurie ne peut être opposée à la femme pour lui faire perdre les droits inhérents à son hypothèque. Nous pouvons ajouter

avec la Cour de Grenoble que « l'inscription prise par la femme pendant la purge n'ayant pas pour effet de rendre l'hypothèque efficace, mais seulement de révéler son existence, le renouvellement n'est pas nécessaire pour lui conserver cet effet » (1).

La loi de 1855 cite deux cas dans lesquels le renouvellement de l'hypothèque légale de la femme mariée est indispensable :

1^o Lorsque la femme a cédé à un créancier son droit hypothécaire, celui-ci est tenu de requérir inscription de cette hypothèque à son profit ou de faire mentionner la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

Il résulte de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 que, par rapport au cessionnaire, l'hypothèque de la femme mariée n'a pas de rang, même pendant le mariage, quand elle n'est pas inscrite. Si donc l'inscription primitive n'est pas renouvelée, le rang sera perdu pour le subrogé, bien qu'il soit conservé par la femme.

Lorsque l'inscription de l'hypothèque légale est renouvelée par la femme, le renouvellement ne s'applique qu'à l'inscription primitive et non aux mentions mises en marge, à moins qu'elles n'aient été reproduites par la femme dans le bordereau de renouvellement.

2^o Lorsque la femme, ses héritiers, ou ayants-cause ont pris inscription dans l'année de la dissolution du mariage, dans ce cas cette inscription est

(1) Grenoble, 8 août 1857; S. 57, 2, 479. En ce sens : Metz, 14 janvier 1837, S. 38, 2, 479; Cass. 22 février 1814, S. 41, 1, 514. — Contra : Nancy, 28 juillet 1853, S. 53, 2, 574.

soumise au renouvellement, même si elle a été prise antérieurement à la loi de 1855 (1).

De nombreuses controverses se sont élevées dans la pratique à propos de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855. Cet article n'a prévu que quelques hypothèses ; aussi est-il difficile dans certains cas de découvrir la pensée du législateur en ce qui concerne les inscriptions des hypothèques légales où le renouvellement de celles qui ont été inscrites pendant le mariage ou la tutelle.

Et d'abord, à propos de l'hypothèque légale de la femme mariée, le législateur ne s'occupe que du cas où le mari prédécède.

Il peut cependant arriver que la dissolution du mariage ait lieu par le décès de la femme. En pareil cas l'obligation d'inscrire l'hypothèque dans le délai déterminé par la loi, existe-t-elle pour les héritiers de celle-ci ? Il n'y a pas de raison pour affranchir de cette obligation les héritiers de la femme. Il est vrai que l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 parle seulement de la *veuve* et de ses héritiers ou ayants-cause, et par là il semble s'attacher uniquement au cas de dissolution du mariage par la mort du mari. Mais l'expression dont se sert le législateur ne saurait être considérée comme exclusive d'une manière absolue, en ce sens qu'elle laisserait aux héritiers de la femme, quand c'est par la mort de celle-ci que s'opère la dissolution du mariage, un avantage qui n'appartient ni à la femme elle-même, ni à ses héritiers, lorsque le mariage est dissous par la mort du mari.

(1) Aix, 10 janvier 1861, S. 61, 2, 177.

Comme le dit excellemment M. Pont (1), l'esprit de la loi doit venir ici en aide à la lettre. En définitive, que veut le législateur ? Limiter dans une juste mesure la faveur dont jouit l'hypothèque légale et rentrer dans la règle commune de la publicité, aussitôt que cesse l'état de subordination ou d'incapacité qui a dû faire fléchir la règle. Donc, l'art. 8 est également applicable au cas du prédécès de la femme, et ses héritiers sont tenus de faire inscrire l'hypothèque légale dans le délai fixé par la loi. D'ailleurs cette solution est constante en jurisprudence comme en doctrine (2).

Cette interprétation est admise par tous, quand les héritiers de la femme prédécédée sont majeurs. Ceux-ci doivent rendre publique, dans les termes de l'art. 8 de la loi du 23 Mars 1855, l'hypothèque « qu'ils trouvent dans la succession comme garantie des droits de celle qu'ils représentent. Ils ne sont pas, eux, vis-à-vis du débiteur de la dot ou des reprises, dans l'état de dépendance qui a motivé la dispense d'inscription, et l'on ne peut éprouver aucune difficulté à les assimiler aux héritiers de la veuve que l'article 8 de la loi du 23 Mars oblige formellement à prendre inscription (3). »

Mais que décider si les héritiers de la femme prédécédée sont mineurs ?

Il faut alors distinguer suivant que les héritiers sont ou non placés sous la tutelle du mari.

(1) Priv. et hyp., n° 809.

(2) Grenoble, 29 Avril 1858, S. 59, 2, 70 ; Cass. 2 Juillet 1877, D. P. 78, 1, 408 ; Alger, 12 Mai 1880, J. Pal. 81, 2, 37.

(3) Pont, n° 809 ; Metz, 19 Mars 1861, S. 61, 2, 179 ; Riom, 3 Août 1863, S. 63, 2, 171 ; Orléans, 23 Août 1869, S. 70, 2, 321 et Rouen, 17 Juin 1869, S. 71, 2, 174.

I. *Les héritiers sont mineurs, mais ne sont pas sous la tutelle du mari.*

Dans ce cas, le point de départ du délai d'un an doit-il être retardé jusqu'à ce que les héritiers soient relevés de leur incapacité? On a prétendu que l'incapacité des héritiers devait faire obstacle au cours du délai et on a invoqué en ce sens la généralité des termes de l'art. 8 : *le mineur devenu majeur*.

On en a conclu que les héritiers majeurs de la femme étaient seuls dans l'obligation d'inscrire et de renouveler.

Nous croyons que l'article 8, en parlant du mineur devenu majeur a tout simplement entendu parler du mineur du chef duquel l'hypothèque légale existe.

En outre le texte, en se servant du mot « héritiers », repousse toute distinction. D'ailleurs les mineurs n'ont-ils pas près d'eux des surveillants, un tuteur, un subrogé-tuteur qui doivent requérir inscription, et même des parents qui peuvent le faire? L'esprit de la loi est contraire à une interprétation favorable aux héritiers mineurs, puisqu'au lieu de faire cesser, dans un bref délai, la clandestinité de l'hypothèque légale, cette loi aurait eu pour effet, en cas de minorités successives, de prolonger indéfiniment le délai d'un an, et de nuire ainsi à la facilité et à la sûreté des transactions que, dans des vues d'intérêt général, le législateur a voulu assurer. Les héritiers mineurs de la femme, quand ils la représentent, ne sauraient avoir des droits plus étendus que ceux qu'elle avait elle-même :

veuve, elle eut dû inscrire son hypothèque dans l'année de la dissolution de son mariage; prédécédée, ses héritiers sont tenus de la même obligation sans pouvoir invoquer, en cas de minorité, la maxime: *contrà non valentem agere non currit præscriptio*. Il s'agit ici non pas d'une prescription, mais du délai fixe d'un an, délai imparti pour l'accomplissement d'une formalité; c'est donc une véritable déchéance; et en pareil cas l'art. 2278 C. Civ. atteint les mineurs et autres incapables aussi bien que les majeurs.

Donc, quand les héritiers mineurs de la femme prédécédée sont placés sous une tutelle autre que celle de l'époux survivant, le délai d'un an pour prendre inscription à partir de la dissolution du mariage n'est pas prolongé. La jurisprudence partage cette opinion (1).

II. — *Les héritiers sont mineurs, mais sont sous la tutelle du mari, débiteur de la dot ou des reprises de la femme.*

Sont-ils obligés, même dans ce cas, sous peine d'encourir la déchéance établie par l'art. 8, d'inscrire dans le délai d'un an ou de renouveler à l'expiration des dix ans, l'hypothèque légale de leur auteur?

Cette hypothèse qui se présente fréquemment dans la pratique, est vivement controversée.

Dans un premier système, on prétend que le délai d'une année fixé par l'art. 8 doit courir non pas de la dissolution du mariage, mais seulement de la majorité des héritiers de la femme.

(1) Bordeaux, 12 mars 1860, S. 60, 2, 524; Grenoble, 26 février 1862, S. 63, 2, 75; Toulouse, 2 janvier 1863, S. 63, 2, 191; Aix, 15 janvier 1867, S. 69, 2, 15.

On dit d'abord que l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 ne vise pas cette hypothèse. Le texte de la loi parle d'une *veuve* et des héritiers d'une *veuve*, il est absolument muet en ce qui concerne les héritiers de la femme morte du vivant de son mari. Le législateur a, par conséquent, réglé seulement le cas où le mariage est dissous par la mort du mari. On ajoute à l'appui de ce système que le législateur, dans l'exposé des motifs et dans la discussion de la loi, a formellement déclaré vouloir maintenir la dispense d'inscription aussi longtemps que le créancier auquel elle est accordée, serait incapable de s'inscrire. Par conséquent il n'a pu avoir l'intention de faire cesser cette dispense, lorsque la créance passe d'une personne incapable à une autre plus incapable.

L'orateur du gouvernement, M. Suin, a nettement exprimé cette idée, dans l'exposé des motifs de la loi de 1855, lorsqu'il a dit : « ... Cette grande faveur sera maintenue tant que sera maintenue sa raison d'être : tant que la femme est dans la dépendance du mari, dont l'intérêt est contraire au sien ; tant que le mineur est sous l'autorité d'un tuteur disposé à se défendre contre toute inscription, si elle était nécessaire, la loi supplée, par une protection peut-être exorbitante, à la résistance du mari ou du tuteur. »

Cela circonscrit nettement, dit M. Pont, la portée de l'article 8 ; cela montre clairement qu'en toute hypothèse, le législateur de 1855 a entendu que le privilège créé par le législateur de 1804 resterait la sauvegarde de l'incapable jusqu'au

jour où il serait relevé de son incapacité, et une année au-delà. Ne peut-on pas affirmer que les mêmes raisons qui ont fait affranchir l'hypothèque légale de la femme mariée de la loi de la publicité, demandent le maintien de cette faveur au profit des héritiers mineurs dont le mari est tuteur ? D'un côté, celui qui doit requérir pour les héritiers mineurs est précisément celui sur qui l'hypothèque pèse, celui qui a intérêt à ce que l'inscription ne soit pas prise. D'un autre côté, les mineurs, incapables d'agir par eux-mêmes, ne peuvent veiller à la conservation de leurs intérêts. Dans un tel conflit, les mineurs peuvent-ils être déchus de leur sûreté pour une absence d'inscription qui ne leur est pas imputable, pour une omission intéressée de la part de la personne préposée principalement à la surveillance de leurs intérêts ? Ces héritiers ont pour protecteur légal celui contre lequel l'hypothèque existe, celui contre lequel l'inscription est à requérir ; ils sont donc placés relativement à l'hypothèque légale dérivant du mariage de leur mère, identiquement dans la même situation que relativement à l'hypothèque légale dérivant à leur profit de la tutelle. Ces deux hypothèques, soit au point de vue du créancier, soit au point de vue du débiteur, méritent même faveur, courent même danger. Il ne serait pas raisonnable que l'une fût dispensée d'inscription et non l'autre (1).

On ajoute enfin qu'aucun intérêt sérieux de cré-

(1) Grosse : Transcription, n° 251 ; Troplong : Transcription, n° 311 ; Nicolle : Revue critique 1858, t. XIII, p. 548 ; Bonniceau-Gesmon : Revue pratique, t. XXI, p. 449 et t. XXIII, p. 99 ; Pont : Priv. et hyp. n° 809.

dit ne milite contre ce système qui est conforme au but que s'est proposé le législateur de 1855. La loi du 23 mars n'a-t-elle pas eu surtout en vue de favoriser le développement du Crédit foncier ? Or, l'application rigoureuse de l'article 8 ne permettra nullement au crédit immobilier du mari, devenu veuf, de se développer (2). En effet, les créances que le mineur sous la tutelle légale de son père, peut avoir à exercer contre lui du chef de sa mère, sont protégés par une double hypothèque légale : par celle que la loi accorde à la femme pour sa dot et ses conventions matrimoniales, et par celle qui appartient au mineur de son propre chef, à raison de la gestion du tuteur. D'où il suit que si l'hypothèque légale de la femme ne pouvait plus valablement être exercée, par exemple si elle était purgée, le mineur pourrait encore invoquer son hypothèque de tutelle pour les sommes qu'il a à réclamer contre son père comme créancier des reprises de sa mère, aussi bien que pour toutes les autres sommes dont son père est son débiteur à un titre quelconque.

Toutefois cette argumentation n'est pas absolument exacte, si on admet avec les partisans du second système, la déchéance de l'hypothèque légale par suite du défaut d'inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage. Comme l'hypothèque légale du mineur ne prend date que du jour de l'ouverture de la tutelle,

(1) Riom, 3 août 1863, D. P. 63, 2, 133; Agen, 6 décembre 1864, D. P. 65, 2, 27; Tribunal du Puy, 12 janvier 1865, D. P. 65, 3, 14; C. Martinique, 23 juillet 1866, J. Pal. 67, 106; Toulouse, 9 juillet 1875, J. Pal. 75 1261.

tandis que l'hypothèque légale de la femme remonte, pour la dot et les conventions matrimoniales, au jour du mariage, le mineur pourra, s'il existe des hypothèques inscrites dans l'intervalle, ne pas trouver dans son hypothèque un secours aussi efficace que si l'hypothèque légale de sa mère eût été conservée. Les partisans du premier système répondent à cette objection en demandant s'il est juste d'enlever à des héritiers mineurs une garantie qui leur est légitimement acquise, pour enrichir des tiers qui ne s'y attendent pas, qui n'ont aucun titre à la déchéance de l'hypothèque légale. C'est, en effet, aux créanciers inscrits antérieurement à la dissolution du mariage, et non aux tiers qui ont traité avec le mari depuis la mort de sa femme, que profiterait le défaut d'inscription. Un tel résultat serait diamétralement opposé au but du législateur qui a voulu éclairer et protéger les tiers avec lesquels le mari pourrait dans l'avenir se mettre en rapport d'affaires. Au surplus, ne semble-t-il pas inadmissible que le législateur, toujours si soucieux de l'intérêt des incapables, ait imparti au mineur l'obligation d'inscrire l'hypothèque légale de sa mère, et qu'il l'en ait dispensé pour son hypothèque pupillaire? Il y aurait inconséquence à ne pas accorder la même faveur à deux hypothèques qui courent les mêmes risques.

Nous croyons que les délais impartis par l'art. 8 à la femme ou à ses représentants pour faire inscrire son hypothèque légale, ne doivent pas être prorogés en faveur de ses héritiers mineurs, pendant le temps que la loi donne à ceux-ci pour faire inscrire l'hypo-

thèque légale qu'ils ont, de leur chef, sur les biens de leur tuteur. Cette hypothèque est essentiellement distincte de l'hypothèque légale de la femme.

Nous essaierons de réfuter les arguments invoqués à l'appui de ce premier système en exposant *l'opinion contraire* qui est admise aujourd'hui par la jurisprudence et la grande majorité des auteurs.

Nous estimons que le délai fixé par l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 court contre les mineurs, même dans le cas où le débiteur des reprises, le mari, dont les biens sont frappés par l'hypothèque légale qui appartient aux enfants du chef de leur mère, est précisément le père, tuteur légal de ces enfants.

La loi de 1855, en prononçant la déchéance à défaut d'inscription dans l'année, ne fait aucune distinction. L'art. 8 ne distingue nullement si les héritiers de l'incapable sont majeurs ou mineurs, s'ils sont sous la tutelle de leur père ou d'une autre personne. Il est trop formel, trop général pour qu'il semble permis d'y introduire des distinctions que sa lettre ne comporte point et que repousse également son esprit.

Quand une disposition impose, pour l'exercice ou la conservation d'un droit, un délai fatal à peine de déchéance, ce délai court contre les mineurs et les incapables aussi bien que contre toute autre personne. C'est ce qui a lieu, notamment, en matière d'inscription et en cas de purge d'hypothèques légales, toutes les fois que la loi autorise cette purge : s'il s'agit de l'hypothèque légale du mineur

contre son tuteur, le droit du mineur périt par suite du défaut de diligence du subrogé-tuteur ; s'il s'agit de l'hypothèque légale de la femme, la loi n'a pas tenu compte de son état de dépendance et l'a également astreinte à faire inscrire son hypothèque légale dans les délais de la purge, sous peine de déchéance. Les mêmes principes doivent servir à interpréter l'article 8 de la loi du 23 mars 1855.

Ajoutons que le but du législateur était de mettre au grand jour une hypothèque dont l'existence occulte n'avait plus sa raison d'être.

C'est de l'époque de la dissolution du mariage, que la loi a entendu faire cesser l'état occulte de l'hypothèque légale de la femme, et faire courir le délai pour prendre inscription ; ces expressions *dissolution du mariage* sont, en effet, générales et la loi ne distingue point entre le cas où le mariage se dissout par le prédécès du mari et celui où il se dissout par le prédécès de la femme. C'est donc au moment de la dissolution du mariage que cesse l'incapacité spéciale qui était la seule cause de la clandestinité de l'hypothèque. *Cessante causà, cessat affectus*, quel que soit d'ailleurs l'état des héritiers de l'incapable. Le but que s'est proposé le législateur, celui de favoriser le crédit de la propriété foncière en général, et celui du mari en particulier, ne serait pas atteint si l'on admettait l'opinion contraire. Le législateur a voulu que les tiers qui sont sur le point de contracter avec un veuf, fussent en mesure de savoir si ses immeubles sont soumis ou non à l'hypothèque de sa femme. On objecte que les héritiers mineurs seront exposés

par suite de l'inaction intéressée du père et de leur propre incapacité, à voir l'hypothèque légale de leur mère non inscrite dans le délai fatal, et à souffrir ainsi un grave préjudice.

Nous répondrons qu'on peut avoir confiance dans le père comme tuteur. Où y a-t-il conflit entre son intérêt personnel et celui de son enfant mineur? Si, avant le décès de sa femme, il n'a conféré à des tiers aucun droit réel sur ses immeubles, l'intérêt du mineur sera pleinement sauvegardé par l'hypothèque pupillaire. Dans le cas contraire, qui profitera du défaut d'inscription? Le père? Non, mais ses créanciers antérieurs à la dissolution du mariage. Or, il est permis de croire qu'à tous les points de vue, il mettra en première ligne l'intérêt de son enfant.

En admettant que le tuteur ne veuille pas se résoudre à agir contre lui-même, le législateur ne laisse pas le mineur sans protection. Il prescrit au subrogé-tuteur de prendre la place du tuteur, quand il y a opposition d'intérêts entre celui-ci et le mineur. Le subrogé-tuteur est responsable, s'il ne requiert pas l'inscription de l'hypothèque légale. Il est constitué débiteur subsidiaire des sommes dotales que l'héritier mineur ne peut pas recouvrer de son père; sans doute il en est débiteur chirographaire et non hypothécaire, mais enfin son obligation est un sérieux surcroît de garantie.

Le mineur n'est-il pas, du reste, parfois assimilé à un majeur par le législateur lui-même? (art. 1663, 1676 et 2278, C. civ.) N'est-il pas tenu aussi, de faire inscrire toute hypothèque garantis-

sant une créance qu'il aurait de son chef, ou comme héritier, contre toute personne autre que son tuteur ? (2139, C. civ.)

Quant à l'objection tirée de la prétendue incon séquence du législateur, il est aisé d'y répondre. L'hypothèque légale de la femme a été établie en faveur de la femme et non pour ses héritiers : ils peuvent, il est vrai, en bénéficier, mais sous les conditions prescrites par la loi. Or, puisque le législateur a voulu qu'elle cessât d'être occulte, quand elle ne protégerait plus la femme, c'est à ses héritiers qu'il appartient de la faire inscrire.

Si la loi de 1855 avait voulu créer une exception en faveur des héritiers mineurs de la femme prédécédée, elle l'eut fait par une disposition expresse, d'autant plus que l'attention du législateur avait déjà été appelée sur cette question spéciale. En 1841, les Cours d'Appels et Facultés de droit avaient été consultées sur les améliorations à introduire dans notre système hypothécaire. La Cour de Grenoble proposa de prescrire que, pour le cas où la femme laisserait des héritiers mineurs, leur hypothèque pupillaire prendrait immédiatement la place et *avec dispense d'inscription*, de l'hypothèque légale de leur mère. Aucune exception n'ayant été apportée aux injonctions formelles de l'art. 8, le juge ne peut donc suppléer à ce silence. De plus, ne sommes-nous pas en droit de penser que l'art. 8, en se servant des expressions : *ses héritiers ou ayants-cause*, a entendu parler des héritiers de la femme prédécédée ? Le législateur n'avait, en effet, aucun motif pour désigner spéciale-

ment les héritiers de la veuve. Ceux-ci étaient implicitement compris dans le mot *veuvé*, puisqu'il est de principe que tout héritier succède aux obligations de son auteur. Dans l'article 9 de la même loi, le législateur, en s'occupant de la publicité des subrogations à l'hypothèque légale des femmes, parle simplement des subrogés sans y ajouter ces mots : *et leurs héritiers*. Le législateur a jugé superflu d'ajouter que l'obligation qu'il imposait aux subrogés s'étendait également à leurs héritiers. Mais s'il n'a pas observé le même silence en ce qui concerne les héritiers de la femme, le législateur ne l'a pas fait sans motif. Il faut bien se rendre compte que dans notre hypothèse la loi impose aux héritiers de la femme une obligation dont celle-ci n'était pas tenue au moment de sa mort. Le législateur était donc forcé d'indiquer aux héritiers de la femme prédécédée que la dispense d'inscription dont profitait leur auteur ne leur était plus applicable. Avec notre système nous arrivons à expliquer d'une manière juridique la disposition de l'article 8, tandis que dans le système contraire les expressions : *ou leurs héritiers*, sont absolument inutiles (1).

Terminons par une dernière considération qui n'est pas dénuée de valeur. Les partisans du premier système reconnaissent que l'article 8 est seulement applicable aux héritiers de la veuve. Mais alors pourquoi l'appliquer aussi aux héritiers

(1) Aubry et Rau, III, § 269, note 19; Verdier, Transcription, II, n° 626; Rivière et Huguet, Transcription, n° 380; Mourlon, de la Transcription, n° 871; Eyssautier, Revue pratique, 1866, t. XXII, p. 448.

majeurs de la femme prédécédée ? Est-ce que les déchéances ne sont pas de droit étroit ? De deux choses l'une : Ou bien l'article 8 a prévu l'hypothèque qui nous occupe, ou bien il ne l'a pas prévue. S'il l'a prévue, il oblige tous les héritiers de la femme sans distinction. Si, au contraire, il ne l'a point prévue, tous les héritiers de la femme prédécédée, même les héritiers majeurs, ne doivent pas être soumis à l'obligation d'inscrire l'hypothèque dans le délai fixé par l'article 8. Le premier système, tel que l'admettent ses défenseurs, n'est donc pas logique. D'un autre côté, si on l'admet avec toutes ses conséquences, c'est-à-dire en faisant bénéficier également les héritiers majeurs de la dispense d'inscription, il devient absurde. Il nous faut donc conclure, en nous appuyant sur l'esprit de la loi, que les prescriptions de l'article 8 répugnent à toute distinction et obligent tous les héritiers de la femme, quels qu'ils soient, et même parmi les héritiers mineurs ceux qui se trouvent sous la tutelle de leur débiteur (1).

En ce qui concerne la tutelle, l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 décide que le mineur devenu majeur doit inscrire son hypothèque dans l'année qui suit la cessation de la tutelle.

Que décider, quand la tutelle cesse pour une autre cause que la majorité du mineur ?

Supposons que le mineur soit émancipé, soit par ses père et mère à l'âge de 15 ans (art. 477),

(1) Toulouse, 2 janvier 1863, J. Pal. 63, 954; Grenoble, 26 février 1863, D. P. 63 2, 68; Cass., 2 mai 1866, J. Pal. 66, 609; Bourges, 17 février, 1872, S. 72, 2, 133; Aix, 9 janvier 1875, J. Pal. 76, 1128; Paris, 21 janvier 1875, J. Pal. 75, 347.

soit par le conseil de famille à l'âge de 18 ans (art. 473 C. Civ.), soit enfin par le mariage (art. 476).

On est généralement d'accord pour décider qu'en pareil cas le mineur émancipé n'est pas dans la plénitude de ses droits, et que l'année dans laquelle il doit requérir l'inscription de son hypothèque légale contre son tuteur, ne court que du jour de sa majorité. Cette opinion nous paraît fondée. Le mineur émancipé a, il est vrai, un curateur, mais ce curateur n'est pas tenu d'administrer, et dès lors de prendre inscription ; l'art. 8 ne soumet à l'obligation de l'inscription que le mineur devenu majeur, le mineur émancipé est encore mineur. Il est vrai que le texte de l'art. 8 fournit, dans une certaine mesure, un argument à l'opinion contraire, lorsqu'il parle de la cessation de la tutelle ; mais en même temps il déclare que c'est au mineur devenu majeur que la disposition est applicable (1).

Quid si la tutelle prend fin par la mort du mineur ?

En pareil cas nous croyons que l'inscription de son hypothèque doit être prise par ses héritiers dans le délai imparti par l'art. 8, c'est-à-dire dans l'année du décès. Peu importe, du reste, qu'ils soient majeurs ou mineurs ; dans le premier cas, en effet, ils peuvent surveiller leurs droits ; dans le second, leurs intérêts sont suffisamment protégés par leur tuteur (2).

Quid, si la tutelle prend fin par le décès, la démission ou la destitution du tuteur ?

(1) Rivière et Huguet, Nos 378 et 379 ; Pont, N° 814 ; Amiens, 6 février 1864. S. 64, 2, 93 ; Contrâ : Rouen, 29 mars 1870. D. P. 73, 2, 70.

(2) Pont, N° 815 ; Verdier, N° 624 ; Aix, 10 janvier 1861 ; S. 61, 2, 177.

Suivant les uns, les mots *cessation de la tutelle* ne se rapportent qu'à l'incapable, et si la tutelle vient à cesser par la mort, la démission ou la destitution, l'incapacité continuée et l'inscription reste occulte jusqu'à la majorité du mineur (1).

Dans un système contraire que nous adoptons, on décide que le mineur ne peut conserver son hypothèque légale sur les biens du tuteur qu'en l'inscrivant dans l'année du décès, de la démission ou de la destitution. L'hypothèque ne doit rester occulte qu'autant que le mineur se trouve sous la dépendance du tuteur; lorsque l'incapable n'est plus sous la puissance de la personne soumise au droit d'hypothèque, ses droits sont défendus par une autre personne qui, dans notre hypothèse, est le tuteur nouveau (2).

L'art. 8 décide que l'interdit doit requérir l'inscription contre son tuteur dans l'année où il a été relevé de l'interdiction.

Si l'interdit meurt en état d'interdiction, il ne peut être douteux que c'est du jour de sa mort que court l'année qui est accordée à ses héritiers ou ayants-cause pour prendre utilement inscription, parce que c'est à ce moment que sa tutelle a cessé. Il n'y a pas à distinguer si les héritiers sont majeurs ou mineurs (3).

En principe l'hypothèque légale de la femme, des mineurs ou des interdits, nonobstant la dispense d'inscription au point de vue de la conservation des

(1) Pont, n° 814; Mourlon, n° 865; Grenoble, 10 juillet 1867, S. 68, 2, 45.

(2) Troplong, n° 310; Verdier, n° 628.

(3) Pont, n° 811; Verdier, n° 624.

créances, doit être inscrite à la diligence du mari ou du tuteur au point de vue de la publicité (art. 2136). On s'est demandé si l'inscription de l'hypothèque légale des incapables pouvait être soumise aux obligations du renouvellement imposé par l'art. 2154. Cette question avait déjà donné lieu à controverse sous l'empire du Code Napoléon et cependant il était admis en principe que l'inscription devait être renouvelée. Le Conseil d'Etat, aux termes d'un avis du 22 janvier 1808, avait dit « qu'il est hors de doute que les maris et les tuteurs sont tenus, sous les peines portées en l'article 2136, de renouveler, avant l'expiration du délai de dix ans, les inscriptions des hypothèques dont les biens peuvent encore être chargés; et que le motif qui leur a fait ordonner d'inscrire, leur prescrit aussi de renouveler l'inscription, toutes les fois que leurs biens continuent d'être grevés à raison du mariage ou de la tutelle. » Seulement, on admettait que le défaut de renouvellement ne devait pas nuire aux effets de l'hypothèque légale, par la même raison que l'absence de l'inscription elle-même n'enlevait pas aux droits de la femme, du mineur ou de l'interdit la sûreté de l'hypothèque. Le défaut de renouvellement ne pouvait qu'engager la responsabilité du mari ou du tuteur.

Depuis la loi du 23 mars 1855, on a essayé de soutenir que les règles sur la matière ne pouvaient être modifiées, mais on oubliait, en admettant cette prétention, que cette loi a supprimé ou circonscrit les hypothèques occultes, et qu'elle a donné aux incapables un délai de faveur pour manifester leurs

droits, après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle. Ce délai expiré, leurs droits hypothécaires sont atteints par la loi générale et rentrent dans la loi commune de publicité. Par conséquent, si dans ces circonstances l'hypothèque légale ne peut produire effet qu'à la condition d'être inscrite, il en résulte implicitement qu'elle est soumise, comme toutes les autres, au renouvellement décennal (1). Il en résulte que si la péremption s'est produite après l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, la femme ou le mineur perd le rang de faveur accordé à son hypothèque.

§ III

Privilèges

L'article 2154 s'applique aux privilèges sur les immeubles qui doivent être rendus publics au moyen d'une inscription sur les registres du conservateur.

L'obligation du renouvellement a été établie par le législateur sous la sanction d'une peine, ou d'une sorte de déchéance qui doit atteindre le créancier négligent. Si celui-ci ne remplit pas la condition à laquelle est subordonnée la conservation du privilège, la créance est déchue de la qualité de créance privilégiée et dégénère en hypothèque.

(1) Pont, n° 1046 ; Mourlon, n° 879 ; Aix, 10 janvier 1861, S. 61 2, 177.

« La péremption de l'inscription, dit M. Pont, laisse au créancier la faculté de prendre une inscription nouvelle, laquelle, au lieu de rétroagir à la naissance du privilège comme si elle eut été faite en temps utile pour le renouvellement de la première inscription, ne donne rang à la créance qu'à la date même du jour où elle est prise. »

Tel est le principe. Il présente de sérieuses difficultés en ce qui concerne le privilège du vendeur.

Le vendeur, nous l'avons vu, conserve son privilège par la transcription du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur. En outre, le conservateur est tenu de faire d'office l'inscription, sur son registre, de la créance résultant, en faveur du vendeur, de l'acte translatif de propriété.

Certains auteurs (1) admettent que la transcription du contrat de vente conservant pour elle seule, et indépendamment de toute inscription, le privilège du vendeur, son effet est d'une durée indéfinie. Par conséquent elle conserve au vendeur son privilège, sans qu'il ait à se préoccuper d'un renouvellement décennal que la loi ne prescrit que pour l'inscription.

Nous reconnaissons que la transcription seule suffit à la conservation du privilège du vendeur indépendamment de l'inscription d'office. Il est évident, en effet, que le privilège du vendeur serait conservé par la transcription seule, si le conservateur des hypothèques avait, par oubli ou autrement,

(1) Pont, n° 274 ; Mourlon, n°s 694 et 695 ; Rivière et Huguet, n°s 367 ; Flandin, t. 2, n°s 1104 et suiv.

négligé de prendre l'inscription d'office. Le texte de l'article 2108 ne laisse aucun doute sur ce point, puisqu'il prescrit l'inscription d'office sous peine de dommages-intérêts envers les tiers et non envers le vendeur. Mais, à notre avis, cet article ne va pas jusqu'à conserver le privilège du vendeur au-delà de dix ans.

Tous les droits de préférence et toutes les actions privilégiées accordées par la loi ne se maintiennent d'une manière utile qu'à la condition de se conformer pour leur existence, leur conservation et leur exercice, aux règles établies par la loi elle-même.

Or, l'article 2154 règle formellement la conservation du privilège. Il ne se contente pas de dire : à l'hypothèque ; il ajoute : *et le privilège*. Il pouvait s'en dispenser, puisqu'il avait déjà dit que le privilège se conserve par l'inscription, mais il l'a dit littéralement.

Nous avons admis précédemment que le vendeur dont le privilège a été inscrit d'office par le conservateur, lors de la transcription du contrat, n'est point dispensé de l'obligation de renouveler cette inscription dans les dix ans.

Lorsque le législateur a disposé, dans l'art. 2108, que le vendeur conserverait son privilège par la transcription de son titre qui vaudrait inscription à son égard, il n'a pas entendu affranchir par avance le vendeur de la règle qu'il a ultérieurement posée dans l'article 2154. Le législateur a voulu tout simplement dispenser de la formalité de l'inscription le vendeur, dont le privilège était révélé par une autre formalité produisant un effet équivalent.

C'est pourquoi le législateur a dit que la transcription valait inscription pour le vendeur. Il n'aurait pas employé ce langage, s'il avait eu l'intention de substituer, relativement à la conservation du privilège, l'effet indéfini de la transcription à l'effet restreint de l'inscription. Si la transcription vaut inscription, c'est qu'elle tient lieu de celle-ci, c'est qu'elle produit le même effet. Dès lors cet effet doit cesser, comme celui de l'inscription elle-même, à défaut de renouvellement décennal. La transcription n'est pas une formalité sujette à renouvellement; nulle part, le législateur n'impose l'obligation d'une semblable formalité. Aussi ce n'est pas la transcription qui doit être renouvelée, mais l'inscription qu'elle remplace pour le vendeur, et que le conservateur des hypothèques n'en est pas moins tenu de faire d'office, afin que les tiers ne soient pas induits en erreur par des certificats d'inscriptions incomplets.

Si l'inscription d'office avait été omise, le vendeur serait tenu de prendre lui-même à l'expiration du délai de dix ans à partir de la transcription, une inscription qui tiendrait lieu de renouvellement.

Nous croyons avoir démontré que la transcription du contrat de vente ne conserve pas par elle seule le privilège du vendeur, et que la péremption prononcée par l'article 2154 s'applique à l'inscription d'office.

Quel sera le sort du vendeur qui n'a pas renouvelé l'inscription d'office dans le délai de dix ans? Si l'immeuble soumis au privilège n'est pas sorti des mains de l'acquéreur, pourra-t-il, en

renouvelant tardivement son inscription, encore opposer son privilège même aux créanciers hypothécaires de l'acquéreur qui se seront inscrits avant le renouvellement ?

Avant la loi du 23 mars 1855, d'après la doctrine qui avait prévalu, la péremption de l'inscription d'office n'emportait pas extinction du privilège; le vendeur pouvait s'inscrire valablement, tant que l'immeuble restait entre les mains de son acquéreur, et même jusqu'à l'expiration de la quinzaine qui suivait la transcription de la revente (art. 2101 C. Civ.; 834 C. P. Civ.); par suite l'inscription nouvelle, prise dans le délai, conservait le privilège à l'encontre des hypothèques antérieurement inscrites du chef, soit du premier, soit du second acquéreur.

Depuis la loi du 23 mars 1855 (art. 6) le vendeur ne peut plus inscrire son privilège à partir de la transcription de la revente. Il y a toutefois une exception à cette règle : Si le vendeur est encore dans le délai de quarante-cinq jours de l'acte de vente, il peut encore inscrire utilement son privilège, nonobstant toute transcription faite dans ce délai.

Cette disposition nouvelle a donné lieu à une vive controverse.

Suivant plusieurs auteurs, la faculté pour le vendeur d'inscrire son privilège, est limitée d'une manière absolue et invariable, à ce délai de quarante-cinq jours; passé ce délai, son privilège est perdu.

Suivant d'autres, au contraire, si aucune vente

n'a été transcrite pendant les quarante-cinq jours, le vendeur peut toujours dans la suite inscrire valablement son privilège.

La première opinion a été particulièrement soutenue par M. Flandin (1). Selon lui, le vendeur n'a jamais que quarante-cinq jours pour inscrire son privilège. « Il faut, dit-il, combiner l'article 6 de la loi du 23 mars 1855 avec l'article 2113 du Code Civil, qu'elle n'a point abrogé. L'art. 2113 porte « que toutes créances privilégiées, soumises à la formalité de l'inscription à l'égard desquelles *les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le privilège n'ont pas été accomplies*, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires ; mais l'hypothèque ne date à l'égard des tiers que de l'époque des inscriptions qui auront dû être faites, ainsi qu'il sera ci-après expliqué ». La condition imposée au vendeur par l'article 6 de la loi du 23 mars 1855 pour conserver son privilège, c'est de prendre inscription dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente : S'il ne le fait pas, la peine de sa négligence doit être la perte de son privilège, conformément à l'article 2113. Il lui restera, à la vérité, une hypothèque qu'il pourra faire inscrire, tant que le sous-acquéreur n'aura pas fait transcrire son contrat, mais cette hypothèque ne datera, comme le veut ce même article 2113, que du jour de l'inscription, au lieu de remonter comme le privilège au jour de la vente. La loi de 1855 veut, dans l'intérêt des tiers, la publicité la plus complète et la plus prompte : c'est pourquoi elle a abrogé

(1) Flandin, II, n° 1095; Dalloz, Trans. hyp. n° 550.

l'art. 834 C. pr. civ., et fixé au vendeur un délai pour l'inscription de son privilège. »

Nous pensons que si l'art. 2113 doit recevoir son application en ce qui concerne le vendeur, ce n'est pas dans le cas qui nous occupe, puisque tant qu'il n'y a pas eu de revente transcrite, l'inscription à laquelle il fera procéder, conservera son privilège.

Si l'on interprétait la loi dans le sens de M. Flandin, elle produirait ce singulier résultat que les créanciers ordinaires seraient plus favorisés que le vendeur.

En effet, tandis que celui-ci n'aurait jamais que quarante-cinq jours, les créanciers auraient presque toujours un délai beaucoup plus long, puisqu'ils pourraient prendre inscription tant que la transcription ne serait pas accomplie. On ne peut pas admettre que les créanciers du vendeur, c'est-à-dire ses ayants-cause, soient dans une situation meilleure que lui.

Si nous adoptions ce système, nous serions forcés de reconnaître que la loi a atteint un but opposé à celui qu'elle poursuivait, puisqu'elle aurait imposé une déchéance au vendeur qu'elle entendait protéger ; une telle solution ne serait pas acceptable.

Aussi préférons-nous admettre avec Troplong (1) « que si les quarante-cinq jours s'écoulent sans qu'aucune vente soit transcrite, le vendeur sera toujours à temps d'inscrire son privilège. Les choses sont, en effet, entières, dit-il, et les quarante-cinq jours ne sont un délai fatal que lorsqu'il est sur-

(1) De la transcr. n° 278.

venu une transcription, soit *medio tempore*, soit après leur expiration, sans inscription de privilège ».

Les paroles du rapporteur de la loi, M. Debelleyme, ainsi que la discussion qui les a suivies, démontrent que c'est une faveur qu'on a voulu faire au vendeur et non une déchéance dont on a voulu le frapper.

« Le projet de loi, disait M. Debelleyme (1), supprimait le délai de quinzaine que les articles 834 et 835 donnaient au vendeur pour inscrire son privilège, après la transcription d'une nouvelle aliénation, et n'en accordait aucun. Il en résultait que tout vendeur non payé devait instantanément faire inscrire son contrat, sous peine de perdre son privilège, dans le cas où une nouvelle vente aurait eu lieu et aurait été transcrite avant la sienne..... Votre commission a pensé que cette rigueur était excessive et que sous les apparences d'assurer à la transcription des effets plus rapides et plus absolus au profit des transactions sur la propriété, c'était mettre en danger le droit de propriété lui-même..... Un vendeur, pour être tranquille, doit transcrire son acte avec une rapidité telle que personne ne puisse le devancer et qu'aucun acte ne puisse être transcrit avant le sien..... La commission n'a pas cru devoir adhérer à une innovation si radicale; elle a insisté pour qu'il y eût un délai et un délai supérieur à celui de quinze jours. »

Le Conseil d'Etat, déférant au vœu de la com-

(1) D. P. 55, 4, 91, n° 37; séance du 15 janvier 1855, *Moniteur* des 17 et 18 janvier 1855.

mission, accorda au vendeur, pour la conservation de son privilège, le délai d'un mois, au lieu de celui de soixante jours qui était demandé par la commission. Lors de la discussion du projet de loi devant le Corps législatif, le président de la commission, M. Delapalme, maintint avec énergie que le délai de soixante jours était indispensable ; et après d'assez longs débats on finit par un compromis, on porta le délai à 45 jours. Le texte de l'article 6 ne peut laisser le moindre doute sur l'intention du législateur. « A partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque, aux termes des art. 2123, 2127 et 2128 du C. Civ. ne peuvent prendre utilement inscription sur le *précédent propriétaire*. Néanmoins, le vendeur ou le copartageant peuvent utilement inscrire les privilèges à eux conférés par les articles 2108 et 2109 du Code Civil dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente ou de partage, nonobstant toute transcription d'actes faits dans ce délai. »

Il résulte bien de ces dispositions que c'est dans le cas d'une revente que le législateur se place, quand il oblige tous les créanciers à s'inscrire avant la transcription, puisqu'il parle du précédent propriétaire. Mais il ajoute que, nonobstant ce principe et malgré cette revente, le vendeur aura encore le droit de s'inscrire, s'il ne s'est pas écoulé quarante-cinq jours depuis la vente.

Comme on le voit, c'est là une véritable extension, à l'égard des sous-acquéreurs, de la faculté d'inscription du privilège du vendeur, faculté qui, en principe, ne subsiste que tant que la propriété

de l'immeuble vendu reste aux mains de l'acheteur. C'est en prévision d'une revente, et pour le mettre à l'abri d'une transcription précipitée, qu'un délai a été accordé au vendeur pour inscrire utilement, nonobstant toute transcription ; c'est donc uniquement dans son intérêt que ce délai lui a été octroyé. Ce serait complètement dénaturer la pensée du législateur que de l'entendre autrement. Si l'on a fait courir le délai de la vente, et non de la transcription de la revente, c'est qu'on n'a pas voulu que ce délai pût dans certains cas se prolonger indéfiniment. On peut également ajouter qu'on a tenu à conserver intact le principe, que la transcription était le dernier terme où l'inscription des privilèges et des hypothèques pouvait avoir lieu. On a préféré donner au vendeur un délai fixe et uniforme et complètement indépendant des événements ultérieurs (1).

En résumé, nous avons admis que l'inscription d'office du privilège du vendeur est soumise, à peine de péremption, au renouvellement décennal exigé par l'art. 2154 C. civ. Mais nous reconnaissons que l'inscription périmée peut être remplacée par une nouvelle inscription, dont l'effet sera de conserver à son rang primitif l'inscription du privilège du vendeur, tant que le vendeur ne se trouvera point en présence d'un des événements que la loi considère comme un obstacle à toute inscription hypothécaire. Ces événements, on le sait sont 1° une revente régu-

(1) Troplong, Hyp. I, Nos 386 et suiv.; Rivière et Huguet, N° 365; Sellier; Commentaire de la loi de 1855, N° 230; Fons; Précis sur la transcription, N° 56; Lesenne: Commentaire de la loi du 23 mars 1855, Nos 114 et 115.

lièrement transcrite ; 2^o la faillite de l'acquéreur ; 3^o le décès de l'acquéreur, lorsque sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. (art. 2146 C. Civ.). En dehors de ces hypothèses, le vendeur peut renouveler son inscription tombée en péremption, comme il pourrait prendre une première inscription, et par suite opposer son privilège à tous les créanciers hypothécaires de l'acquéreur, même à ceux qui ont pris inscription avant la date du renouvellement.

La jurisprudence a été longtemps divisée sur cette question, mais aujourd'hui la Cour de Cassation admet que le vendeur, tant que l'immeuble est entre les mains de l'acquéreur, n'est assujéti, en principe, à aucun délai pour l'inscription de son privilège (1).

La situation que l'état actuel de la jurisprudence fait au vendeur, est tout à fait exceptionnelle, si on la compare à celle des autres créanciers privilégiés, mais elle est conforme à la loi.

En 1882, M. Bisseuil présenta à la Chambre des députés une proposition de loi tendant à modifier l'article 2108 du Code civil et à mettre sur le même pied, pour la conservation de leur privilège, le vendeur et le copartageant. D'après cette proposition, le privilège du vendeur, à défaut de renouvellement de l'inscription d'office dans le délai de l'art. 2154, était transformé en un simple droit hypothécaire, et les droits des tiers régulièrement

(1) Besançon 14 décembre 1861, D.P. 62, 2, 104 ; Cass. 2 décembre 1863, S. 64, 1, 57 ; Poitiers 18 juillet 1864, S. 64, 2, 182 ; Cass. 14 février 1865, S. 65, 1, 191 ; Cass. 6 mai 1868, S. 68, 1, 255 ; Montpellier 5 mai 1869, D. P. 71, 2, 147 ; Alger, 24 juin 1870, S. 71, 2, 213 ; Paris 17 août 1877, D.P. 78, 2, 36.

acquis pendant la durée de la péremption étaient sauvegardés (1).

Cette proposition ne fut pas examinée en séance publique pendant cette législature.

On ne peut nier cependant que l'adoption de cette proposition aurait été avantageuse pour les tiers qui sont souvent induits en erreur. En effet, ceux-ci, en constatant sur les registres du conservateur que l'inscription d'office n'a pas été renouvelée, sont amenés à croire que le vendeur a reçu paiement de son prix et que son privilège est éteint. Il est injuste que le vendeur puisse venir plus tard les primer en prenant une nouvelle inscription.

Aux termes de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 « l'action résolutoire établi, par l'art. 1654 c. civ. ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver ». Cette disposition a donc établi un lien entre le privilège et l'action résolutoire du vendeur ; elle a, pour ainsi dire, solidarisé ces deux garanties. Aussi toutes les fois que le vendeur ne peut, par suite de la péremption de l'inscription d'office, faire valoir son privilège à l'encontre des tiers, il ne peut davantage les atteindre par l'action résolutoire.

(1) Journal officiel, 24 mai 1882, annexe n° 809, p. 1321. Rapport tendant à la prise en considération. Journal officiel, 27 juin 1882, annexe 1049, p. 2010.

CHAPITRE IX.

Des personnes qui peuvent se prévaloir du défaut de renouvellement.

D'une manière générale, on peut dire que toute personne ayant intérêt à obtenir un rang préférable pour sa propre hypothèque, peut opposer le défaut de renouvellement.

Ce principe s'applique sans difficulté en ce qui concerne les créanciers privilégiés et hypothécaires. Il est certain, en effet, que les créanciers, même postérieurs, qui ont conservé leurs privilèges et hypothèques conformément à la loi, peuvent écarter celui dont l'inscription n'a pas été renouvelée, en lui opposant le défaut de renouvellement.

Mais les créanciers chirographaires ont-ils le même droit ?

La question a donné lieu à une vive controverse au commencement de ce siècle. Deux opinions étaient en présence.

Grenier qui, en sa qualité de procureur général près la cour de Riom, avait été appelé à donner son opinion sur cette question, a exposé très nette-

ment les deux systèmes dans son traité des Hypothèques (1).

« Ceux qui soutenaient, dit-il, que le créancier hypothécaire, non inscrit, avait le droit de primer les simples créanciers chirographaires, disaient que l'hypothèque est absolument indépendante de l'inscription sous le rapport de son existence. Ils tiraient de là la conséquence que le créancier hypothécaire, quoique sans inscription, ne pouvait pas être sans un avantage marqué à l'égard des créanciers qui n'étaient que chirographaires; que si l'inscription est nécessaire, c'est seulement sous le rapport de l'attribution d'une préférence, et de la fixation d'un rang parmi les créanciers hypothécaires; qu'il n'y avait ni préférence, ni rang à réclamer, en vertu de l'inscription, à l'égard des créanciers chirographaires, que ceux-ci étaient vaincus et écartés par le créancier hypothécaire sans le secours de l'inscription, par le seul bénéfice que lui procurait l'existence de l'hypothèque.

» A l'appui du système contraire, on opposait le principe qui se tire de l'ensemble du titre des hypothèques du Code civil; on dirait que le législateur n'a admis absolument d'autre hypothèque, à l'égard des tiers, que celle qui serait inscrite, sous la seule exception relative aux hypothèques légales; que cette exception, qui est marquée partout à côté de la règle, confirme hautement cette règle que toute préférence est attachée à l'inscription; que c'est de cette inscription seule

(1) Hyp. I, n° 60.

que l'hypothèque tire son efficacité à l'égard de tous les tiers, quels qu'ils soient ».

Troplong (1) qui a également exposé les deux systèmes dans son traité des privilèges et des hypothèques, donne en faveur du premier les raisons suivantes :

On peut dire que les créanciers chirographaires étant les ayants-cause du débiteur, ils ne peuvent être de meilleure condition que lui ; que l'inscription n'étant requise que pour assurer la préférence des hypothèques, ne paraît avoir été exigée par la loi que dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, et non des créanciers chirographaires ; que les créanciers chirographaires, par cela même qu'ils ont cette qualité, n'ont pas cherché à s'assurer un droit de suite sur les immeubles du débiteur, qu'ils ne peuvent être mis sur la même ligne que celui qui a pris la précaution de stipuler pour lui une hypothèque.

Mais le savant jurisconsulte a soin d'ajouter que ces raisons sont plus spécieuses que solides.

La Cour de Cassation, dans deux arrêts, l'un du 19 décembre 1809 ; l'autre du 11 juin 1817 (2), s'est prononcée en faveur des créanciers chirographaires.

« Vu les articles 2134 et 2135 du Code Civil, lit-on dans le premier arrêt, et attendu qu'aux termes du premier article l'hypothèque n'a de *rang* entre les créanciers que du jour de l'inscription et que le deuxième ne donne l'*existence* indépendamment de

(1) Priv. et hyp., II, n° 568.

(2) S. 10, 1, 101 ; S. 18, 1, 41.

toute inscription qu'à certaines hypothèques légales. . . . »

« Considérant, dit le second arrêt, qu'aux termes de l'article 2092 Code Civ., quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur ses biens meubles et immeubles ; qu'aux termes de l'art. 2093 les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et que le prix doit s'en distribuer entre eux, par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence, et que suivant l'article 2094, les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques ; mais que ces causes ne deviennent légitimes que lorsque le créancier qui veut s'en prévaloir, a observé les formalités prescrites pour rendre efficaces à l'égard des tiers son hypothèque ou son privilège. Considérant qu'il résulte de l'article 2113 du même code que l'hypothèque ne date à l'égard des tiers que de l'époque des inscriptions qui ont été prises. que dans le cas de non inscription ou d'inscription nulle de la part des créanciers privilégiés ou hypothécaires, l'on rentre de droit dans les dispositions des articles 2092 et 2093 et que tous les créanciers du débiteur commun doivent venir par contribution sur le prix provenu de la vente de ses biens ; que s'il fallait une nouvelle preuve de cette vérité, on la trouverait écrite dans l'article 520 du Code de Commerce qui assimile les créanciers *non inscrits* aux chirographaires. »

Tous les auteurs reconnaissent aujourd'hui que l'inscription seule peut donner la vie à l'hypothèque,

L'hypothèque, sans l'inscription, n'est entre les mains du créancier qu'un droit stérile qui ne lui confère aucune priorité sur les créanciers simplement chirographaires. D'un autre côté, bien que ceux-ci tiennent leurs droits du débiteur, ils ne tiennent pas leur rang de lui, il en résulte que les créanciers chirographaires ne sont plus les ayants-droit du débiteur, mais de véritables tiers, lorsqu'ils contestent aux créanciers non inscrits l'exercice d'une cause quelconque de préférence (1).

Peu importe, ajoute Troplong, que les créanciers chirographaires n'aient pas cherché à s'assurer une préférence sur les biens de leur débiteur. Ce n'est pas une raison pour créer contre eux d'injustes préférences. C'est avec bien plus de raison qu'ils peuvent dire au créancier hypothécaire non inscrit, qu'ayant manqué aux obligations imposées par la loi, il ne doit pas réclamer son bénéfice.

Peut-on opposer à un créancier qui excipe du défaut d'inscription la connaissance qu'il a eue personnellement, avant de traiter avec le débiteur de l'existence de l'hypothèque ?

Il faut admettre la négative. En effet, c'est par l'inscription et par elle seulement, que l'hypothèque peut se révéler utilement ; nul autre moyen ne saurait la suppléer. Que les tiers aient eu ou non connaissance de l'hypothèque, celle-ci ne peut leur être opposable, si elle n'est pas inscrite sur les registres du conservateur. Cette règle ne souffrirait

(1) Delvincourt III, p. 314; Persil sur l'art. 2134, n° 1; Pont, n° 729

exception qu'en cas de dol ou de fraude, ou à moins de convention contraire (1).

L'absence d'inscription ou le défaut de renouvellement peuvent-ils être opposés au créancier hypothécaire par le débiteur de qui émane la constitution d'hypothèque ?

Nous pensons qu'il n'appartient pas au débiteur d'exciper de l'inaccomplissement d'une formalité qui n'a pas été établie dans son intérêt. Aux termes de l'article 2134, l'inscription n'est nécessaire que pour déterminer le rang de chaque créancier ; mais du créancier au débiteur l'hypothèque existe, indépendamment de cette formalité ; le droit hypothécaire subsiste si bien que le créancier est libre de prendre une nouvelle inscription, lorsque la première est périmée. Que gagnerait donc le débiteur à opposer la péremption ? L'affranchissement de son immeuble ? Non, puisque le droit d'hypothèque survit à la perte de l'inscription. L'intérêt est la mesure des actions : le débiteur n'en ayant aucun à la péremption de l'inscription, il s'en suit qu'il n'a pas qualité pour opposer cette péremption. On peut ajouter avec M. Pont que si le débiteur voulait se prévaloir du défaut de renouvellement, on pourrait avec raison lui opposer le principe suivant : Celui qui doit garantir ne peut évincer (2).

La Cour de Cassation a adopté cette opinion dans un arrêt du 16 avril 1839 (3). « Attendu que, vis-à-vis

(1) Troplong, II, 569 ; Aubry et Rau III, § 267 ; Paris 21 juillet 1807, S. 7., 2, 179 ; Bruxelles 6 juin 1809, S. 14, 2, 62 ; Cass. 7 décembre 1831, S. 33, 1, 315.

(2) Grenier, I. 66 ; Pont, n 730 ; Troplong n. 567 ; Aubry et Rau III § 267.

(3) S. 39, 1. 511.

du débiteur, l'hypothèque existe par la seule force du contrat ; que pour être valable et produire effet à son égard, elle n'a pas besoin d'être inscrite, l'inscription n'étant exigée que pour fixer le rang entre les créanciers, d'où la conséquence que le débiteur ne peut pas opposer au créancier qui exerce vis-à-vis de lui seul son droit hypothécaire, qu'il n'a pas pris d'inscription ou que celle qu'il a prise est périmée ».

Les héritiers du débiteur peuvent-ils opposer le défaut de renouvellement ?

Ils ne le peuvent pas davantage que le débiteur ; ils sont tenus personnellement des dettes pour leur part et portion. Bien plus, l'héritier, détenteur de l'immeuble hypothéqué, pourra être poursuivi hypothécairement pour le tout (art. 1221), sans pouvoir opposer le défaut de renouvellement pour la portion de l'immeuble qui n'entre pas dans sa part héréditaire. Il ne pourra pas alléguer qu'il est tenu personnellement pour sa part et qu'il doit être considéré comme un tiers détenteur pour le surplus ; il sera tenu pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers.

Le débiteur ou ses héritiers peuvent-ils acquérir sur l'immeuble hypothéqué un droit opposable à leurs créanciers hypothécaires ?

Il faut admettre la négative. La question s'est présentée devant la Cour de Nancy dans une espèce intéressante. Un nommé Bruneaux était décédé en 1855, laissant une veuve et plusieurs enfants. La veuve fit inscrire son hypothèque légale le 20 août 1860, c'est-à-dire cinq ans après le

décès de son mari, et ne l'a renouvelée qu'en 1872. L'un des héritiers prit, le 23 août 1860, une inscription pour conserver son privilège de copartageant et la renouvela en 1870. Les immeubles attribués à l'un des héritiers furent expropriés en 1876; un ordre fut ouvert et la veuve fut colloquée avant l'héritier qui avait fait inscrire son privilège dans le délai légal. Celui-ci contesta cette collocation en disant que l'hypothèque légale de la veuve n'avait été ni inscrite dans l'année de la dissolution du mariage, ni renouvelée en temps utile. La cour de Nancy, confirmant un jugement du tribunal civil de Rethel, décida que l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 a été établi en faveur des tiers et qu'il ne pouvait s'appliquer au mari ou aux héritiers du mari; que par conséquent la veuve, malgré l'inscription tardive, et le défaut de renouvellement en temps utile avait été légalement colloquée avant l'héritier (1).

Quid, lorsque le débiteur ou ses héritiers ont cédé leur hypothèque? Le cessionnaire pourrait-il opposer le défaut de renouvellement que le cédant n'aurait pu opposer?

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 24 juillet 1855 (2), admit la négative pour ce motif, « que le cessionnaire ne peut avoir plus de droits que son cédant ».

Nous croyons, au contraire, que la doctrine que nous avons appliquée en ce qui concerne le débiteur et ses héritiers ou successeurs à titre universel,

(1) Cass. 8 déc. 1880, S. 82, 1, 13.

(2) D. P. 55, 1, 396.

ne doit pas être étendue au cessionnaire qui est un successeur à titre particulier. On ne peut appliquer au cessionnaire, qui n'est tenu à aucune garantie, le principe : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*.

« Si le débiteur, dit M. Laurent (1), ne peut pas opposer le défaut d'inscription, c'est qu'il est personnellement obligé à fournir la garantie hypothécaire, et il ne peut pas, contre son engagement, attaquer le droit de son créancier ; mais cet engagement lui est personnel, il ne passe pas à un cessionnaire qui est un ayant-cause à titre particulier et par conséquent un tiers ».

Celui-ci doit pouvoir, par conséquent, opposer au créancier de son cédant, le défaut de renouvellement. En réclamant la priorité pour sa propre hypothèque, il ne fait qu'user d'un droit qui est, du reste, constaté par l'état des inscriptions délivrées par le conservateur (2).

Le créancier, en contractant avec son débiteur, peut-il stipuler qu'il sera dispensé du renouvellement décennal de son inscription ?

Il faut admettre l'affirmative ; une pareille convention n'a assurément rien d'illicite, mais quel avantage produirait-elle au créancier ?

Aucun, puisqu'elle ne pourrait pas être opposée aux tiers. En outre, nous savons que l'hypothèque est sans objet entre le créancier et le débiteur, puisqu'aux termes de l'article 2093 tous les biens de celui-ci sont le gage commun de ses créanciers.

(1) T. XXXI, n° 555.

(2) Martou III, n° 1030.

Cependant, cette situation pourrait être utile au créancier vis-à-vis d'un autre créancier qui aurait renoncé par anticipation à se prévaloir de l'inscription.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 1^{er} juillet 1850 (1), a décidé « que la convention portant qu'une créance hypothécaire sera primée par une autre, sans qu'il soit besoin de renouveler l'inscription de celle-ci, est valable. En effet, aux termes de l'article 1121, on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. Par conséquent, cette stipulation, formant la condition de l'engagement pris par le stipulant, profite au créancier en faveur duquel elle a eu lieu, quoique ce dernier n'ait point été partie au contrat, si d'ailleurs il l'a acceptée ».

Il a été jugé aussi, par un arrêt de la Cour de Paris du 14 avril 1826, « que l'acte par lequel un débiteur fait à ses créanciers hypothécaires, cession de ses immeubles, en pleine propriété, à la charge par eux de les vendre à l'amiable et de se payer sur le prix, dans l'ordre de leurs inscriptions, que cet acte homologué en justice, en présence des créanciers signataires, à la condition d'assigner ceux qui n'y ont pas adhéré, pour le rendre exécutoire à leur égard, a pour effet, alors même que cette condition n'a pas été remplie, de transférer la propriété des immeubles à tous les créanciers inscrits, et par conséquent de les dispenser de renouveler leurs inscriptions; que par suite les

créanciers qui n'ont pas adhéré au contrat, ne peuvent se faire un moyen d'exclusion, contre ceux qui l'ont signé, de ce que ceux-ci n'ont pas renouvelé leurs inscriptions sur lesdits immeubles. »

En un mot, le principe général que la convention fait la loi des parties, s'applique sans difficulté au renouvellement d'inscriptions.

CHAPITRE X

Des droits et devoirs du conservateur des hypothèques en matière de renouvellement d'inscriptions.

Le conservateur est un fonctionnaire préposé « à l'exécution des formalités civiles prescrites pour la conservation des hypothèques..... ainsi qu'à la perception des droits établis au profit du trésor.... » (loi du 21 ventôse, an VII, art. 3).

De là peut naître pour lui une double responsabilité : responsabilité envers l'Etat, responsabilité envers les tiers. Nous ne nous occuperons que de la responsabilité du conservateur envers les particuliers, tout en restant dans les limites du renouvellement des inscriptions.

Le conservateur est chargé d'opérer le renouvellement des inscriptions, sur la simple présentation des deux bordereaux prescrits par l'article 2148 C. Civ.

Le conservateur qui inscrit un renouvellement, opère comme pour une inscription primitive. Il doit cependant, pour se conformer aux instructions de l'administration, porter la nouvelle inscription au

répertoire dans la même case que l'ancienne et indiquer sur ce répertoire, en marque de la mention de la première inscription qu'elle a été renouvelée tel jour, tel volume et tel numéro. Le conservateur doit, en outre, indiquer sur le registre des inscriptions, en marge de la nouvelle inscription la date, le volume et le numéro de l'ancienne.

Nous avons vu qu'à la différence de ce qui a lieu lors de l'inscription primitive, le conservateur des hypothèques ne peut exiger, pour opérer le renouvellement de cette inscription, la représentation du titre de la créance. A plus forte raison doit-on lui dénier le droit de vérifier si le titre en vertu duquel l'inscription a eu lieu, a conservé toute son efficacité. Le conservateur qui inscrit le renouvellement doit avoir une attitude toute passive; son rôle se réduit à reproduire fidèlement les énonciations des bordereaux. Il ne peut refuser le renouvellement d'une inscription, sans se constituer juge de toutes les questions de droit civil que ce refus peut soulever. D'ailleurs il engage sa responsabilité en refusant d'opérer le renouvellement; s'il est reconnu que la formalité a été refusée à tort, il est passible de dommages-intérêts et même d'amende, conformément aux articles 2199 et 2202 du Code civil (1).

Le conservateur peut-il refuser de renouveler une inscription radiée ?

La question a été soulevée devant la Cour de Cassation de Bruxelles. Il ne sera pas sans intérêt d'en rap-

(1) Agen 6 août 1852, D. P. 53, 2, 27; Cass. 3 janvier 1853, D. P. 53, 1, 14; Tribunal de la Seine 11 juin 1868, D. P. 68, 3, 86; Dijon 9 juillet 1868, D. P. 71, 1, 92; Cass. 25 novembre 1872, D. P. 73, 1, 134.

peler l'espèce, la législation belge étant, sur le point dont il s'agit, la même que la législation française.

M. de Burbure, conservateur des hypothèques de Bruxelles, avait opéré, sur la production de deux bordereaux d'inscription, le renouvellement intégral d'inscriptions rayées partiellement en vertu d'arrêts de la Cour d'Appel de Bruxelles. Les acquéreurs de quelques-uns des immeubles grevés, et qui avaient payé leurs prix, au lieu de s'adresser au créancier qui, dans l'espèce, était une société en faillite, trouvèrent plus simple de s'attaquer au conservateur des hypothèques ; ils lui demandèrent de rayer les nouvelles inscriptions dans le même sens que les précédentes l'avaient été, c'est-à-dire en ce qu'elles grevaient leurs biens, et sur son refus, l'ajournèrent dans le tribunal de Bruxelles. Le tribunal, par jugement du 29 avril 1885 (1), avait donné complètement gain de cause au conservateur ; mais sur l'appel, la Cour de Bruxelles le condamna par arrêt du 23 juillet 1885 (2), en alléguant que le conservateur ne peut opérer le renouvellement d'une inscription sans vérifier l'existence de l'inscription, et qu'il ne peut l'effectuer que pour la partie non radiée seulement.

C'est dans ces circonstances que, sur le pourvoi de M. Burbure, la Cour Suprême de Belgique (3) a cassé l'arrêt dans ces termes :

« Attendu que le conservateur des hypothèques, lorsqu'il est requis d'opérer une inscription hypothécaire ou le renouvellement d'une inscription, ne peu

(1) Journal des Conservateurs, 3662.

(2) J. Cons. 3674.

(3) Cass. 17 juin 1886, D. P. 1889, 2, 173.

refuser de déférer aux réquisitions qui lui sont faites conformément aux lois; qu'aucune loi ne défend de requérir le renouvellement d'une inscription radiée; que le droit de demander ce renouvellement peut résulter d'un acte ou d'un jugement postérieur à la radiation; que le demandeur n'avait ni l'obligation, ni le droit de se constituer juge du fondement du droit hypothécaire et de l'intérêt de ceux qui requéraient les renouvellements.....; qu'aucune disposition légale ne confère au conservateur des hypothèques la mission de rectifier à l'aide des mentions de ses registres, les bordereaux de renouvellement qui lui sont soumis en ne déférant, en cas de radiation partielle, à la réquisition qui lui est faite, que pour la partie non radiée et en refusant de renouveler l'inscription pour le surplus,..... qu'en opérant les renouvellements requis, le conservateur n'a fait que remplir le devoir que ses fonctions lui imposent. »

Le conservateur n'est pas juge de la valeur légale des renouvellements auxquels il est requis de procéder (1). Il ne lui appartient pas de vérifier si le droit hypothécaire existe encore dans son intégralité ou s'il n'a pas été éteint ou entamé par des renonciations ou par des radiations judiciaires. Il est de principe, en effet, que le conservateur ne saurait être condamné à des dommages-intérêts pour avoir obéi à une réquisition fondée sur un titre nul et sans valeur (2).

(1) Tribunal de la Seine, 11 juin 1868, D. P. 68, 3, 86; Cass., 21 juillet 1870, D. P. 71, 1, 92.

(2) Troplong, IV, n° 1008; Pont, n° 1434; Aubry et Ran, III, § 291; Laurent XXXI, n° 597.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 25 novembre 1872 (1), notamment, décide que le conservateur étant tenu, en vertu de l'article 2199 du Code civil, de déférer sans retard à toute réquisition d'inscription, ne peut se faire juge de la validité du titre en vertu duquel cette réquisition est faite, et qu'il n'encourt aucune responsabilité, s'il a formalisé à son bureau, conformément au bordereau, l'inscription d'une hypothèque grevant un immeuble situé dans le ressort d'un autre bureau.

L'application de ces principes à l'espèce justifie la décision de la Cour de Cassation de Bruxelles. Il en résulte, en effet, que le conservateur n'avait fait que se conformer aux devoirs de sa fonction, en opérant sur ses registres le renouvellement d'une inscription, sans se préoccuper de savoir si l'hypothèque avait conservé toute son efficacité. Aux termes de l'art 2199 C. Civ., « les conservateurs ne peuvent, *dans aucun cas*, refuser ni retarder l'inscription des droits hypothécaires, sous peine des dommages-intérêts des parties ».

Par conséquent, c'est à tort que le débiteur contre lequel l'inscription avait été prise, avait mis en cause le conservateur pour l'obliger personnellement à opérer à ses frais la radiation partielle de cette inscription. C'est uniquement au créancier qu'il devait s'adresser, afin d'obtenir contre lui, à défaut d'une mainlevée volontaire, un jugement en vertu duquel le conservateur pût valablement effectuer la radiation demandée (art. 2157, C. Civ.).

Nous avons vu que l'art 2154, prescrivant le

(1) D. P. 73, 1, 134.

renouvellement décennal pour toutes les inscriptions sans aucune exception, s'applique inévitablement à l'inscription d'office du privilège du vendeur. Comme le conservateur se trouve dans l'impossibilité de savoir, au bout de dix ans, si la créance du vendeur a été ou non soldée ; comme il ne peut tenir note de toutes les ventes transcrites pour surveiller chaque jour le renouvellement des inscriptions d'office, c'est évidemment au vendeur qu'incombe le soin d'opérer le renouvellement de son inscription. Cette solution trouve une base incontestable dans les motifs de l'avis du Conseil d'État du 22 janvier 1808, qui a eu principalement pour objet de remettre au vendeur, après l'expiration du délai décennal, le mandat dont le conservateur avait été chargé en vertu de l'article 2108, C. Civ.

Qu'arrivera-t-il, cependant, si le conservateur opère de son propre mouvement le renouvellement d'une inscription d'office ? Ce renouvellement profitera-t-il au vendeur intéressé ?

L'affirmative est certaine ; les tiers ne sont pas juges des actes du conservateur ; ils ne pourront attaquer la validité d'un renouvellement effectué conformément aux prescriptions de la loi.

Qu'arrive-t-il lorsque le conservateur commet une erreur en reproduisant les bordereaux de renouvellement sur le registre d'inscriptions ?

Le tribunal de Perpignan, dans un jugement du 16 mars 1885 (1), a décidé que le conservateur des hypothèques était responsable des fautes commises par lui ou par ses préposés et qu'il devait réparation du

(1) J. Cons. art. 22,764.

préjudice causé au créancier par la perte de son rang hypothécaire.

Dans l'espèce, le conservateur, en copiant le bordereau, avait commis une erreur dans l'indication de la date de l'inscription primitive. Or, le renouvellement d'une inscription précédente ne conserve le rang de cette inscription qu'à la condition de mentionner exactement la date à laquelle celle-ci a été prise. Par suite de l'erreur dans la désignation, l'inscription en renouvellement n'eut d'effet que comme inscription première, alors que le volume et le numéro de l'inscription renouvelée avaient été exactement reproduits dans l'inscription nouvelle.

Cette décision semble exacte, mais elle n'en est pas moins fort rigoureuse. Le conservateur est le seul fonctionnaire qui soit soumis à une pareille responsabilité pour une erreur de date dans la copie d'un titre.

Dans l'espèce le tribunal de Perpignan a rendu le conservateur responsable de son erreur, parce qu'il avait pu tromper un créancier postérieur et lui faire penser qu'en renouvelant sa propre inscription, il conservait la priorité sur celle de son concurrent. Il peut arriver cependant que le registre d'inscriptions contienne une omission ou une erreur par suite d'une inadvertance de la part du conservateur des hypothèques, et que ce dernier s'en aperçoive, avant qu'il ait délivré aucun état d'inscriptions aux parties. En pareil cas, le conservateur peut-il d'office rectifier l'inscription ?

Le Conseil d'Etat, dans un avis du 25 décembre 1810, a admis l'affirmative en décidant que l'ins-

cription pouvait être rectifiée par le conservateur, sans qu'il soit besoin d'un jugement préalable qui ordonne ou autorise la rectification. La rectification, disent Aubry et Rau, s'opère au moyen d'une nouvelle inscription portée sur les registres hypothécaires à la date courante. Pour prévenir tout double emploi, le conservateur doit relater l'ancienne inscription tant en marge de l'inscription rectifiée que dans les extraits qu'il en délivre. La rectification n'a d'effet que pour l'avenir et ne valide pas rétroactivement l'inscription primitive.

Le conservateur des hypothèques doit, sur la réquisition des parties, délivrer des états comprenant les inscriptions qui grèvent un immeuble appartenant à un débiteur désigné.

La question de savoir quelles sont les inscriptions que doit comprendre cet état a fait naître bien des difficultés. « Les conservateurs des hypothèques, dit l'art. 2196 C. Civ., sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent, copie des actes transcrits sur leurs registres et celle des *inscriptions subsistantes*. » Par cette dernière expression le législateur, on n'en peut douter, a voulu parler de l'existence *légale* et non de l'existence *matérielle* des inscriptions « puisque celle-ci se conserve, après la cessation d'effet, soit par le laps de temps, soit par des radiations même définitives » (1). C'est pour ce motif que les conservateurs doivent s'abstenir de comprendre dans les états les inscriptions périmées (2).

(1) Cour de Paris, 6 juin 8104, S. Chr.

(2) Paris, 21 janvier 1824 S. 14, 2, 186; Duranton, XX, n° 433; Baudot. II, nos 1670 et 1690.

Ainsi si l'hypothèque légale de la femme, inscrite après la dissolution du mariage, n'a pas été renouvelée dans le délai de dix ans, elle est considérée comme n'ayant pas été inscrite, et ne peut être comprise dans un état délivré par le conservateur après la péremption. Cette conséquence est logique, car les inscriptions périmées n'ont plus aucune existence légale.

Quand les inscriptions ont été renouvelées dans les dix ans, les conservateurs doivent, pour la même raison, se borner à relater dans l'état l'inscription prise en renouvellement. C'est la décision que nous trouvons dans une instruction de la Régie du 25 octobre 1819. Cette instruction rappelle « que les ministres des finances et de la justice ont décidé que les conservateurs ne doivent pas comprendre dans les états qu'ils délivrent, les inscriptions qui ont plus de dix années de date, lors même qu'elles ont été renouvelées en temps utile. Si la partie requérante a besoin de recourir à l'inscription primitive, les conservateurs la délivreront en faisant mention de la réquisition spéciale ». Par conséquent le conservateur, dans les certificats ou états d'inscriptions qu'il délivre, ne doit comprendre que le dernier renouvellement. S'il y comprend les inscriptions antérieures à celles prises en renouvellement, il doit restituer les droits et salaires indûment perçus par lui pour les mentions irrégulières (1).

Comme le conservateur ne peut comprendre dans les états les inscriptions ayant plus de dix années

(1) Rouen, 6 mars 1848. S. 48, 2, 478; Cass. 4 avril 1849, D. P. 49, 1, 106; Paris, 23 novembre 1849, S. 49, 2, 686.

de date, il en résulte « qu'il ne saurait être responsable de ce que l'état d'inscriptions par lui délivré ne mentionne pas une radiation partielle de l'inscription primitive qui n'était pas indiquée dans l'inscription renouvelée ». Si les tiers ne sont pas avertis d'une radiation partielle mentionnée en marge de l'inscription primitive, ce n'est pas au conservateur que doit en incomber la responsabilité, mais au créancier qui a négligé d'en faire mention dans les bordereaux de renouvellement. Le conservateur se conforme aux prescriptions de la loi en ne comprenant pas dans l'état, à défaut de réquisition spéciale, l'inscription primitive en marge de laquelle se trouve la radiation partielle (1). On ne peut imposer au conservateur l'obligation de suppléer par ses recherches personnelles à l'insuffisance des indications fournies par les requérants ; c'est là une thèse inadmissible qui aurait pour résultat de déplacer les responsabilités et de faire subir au conservateur les conséquences des fautes commises par les parties. C'est ainsi que le tribunal des Andelys, dans un jugement du 29 novembre 1887 (2), a décidé « qu'un conservateur des hypothèques ne saurait être responsable de l'omission d'une inscription dans un état délivré après transcription d'un acte de vente, lorsqu'il est constant que l'omission provient d'une erreur dans le bordereau de renouvellement. »

Voici l'espèce : Aux termes d'un acte reçu par

(1) Dijon, 9 juillet 1868, J. Pal. 69, 573 ; Cass 11 mars 1874, J. Pal. 74, 865.

(2) J. Cons., 3839.

un notaire de Gisors en 1862, le comte de Lagrange s'était reconnu débiteur envers un sieur Osmont, d'une somme de 13,000 fr., et avait affecté hypothécairement un immeuble au paiement de sa dette. Inscription fut prise au bureau des hypothèques des Andelys en 1862 et renouvelée en 1872. En 1876, le comte de Lagrange vend l'immeuble hypothéqué, et lors de la transcription du contrat de vente, l'état ne comprend pas l'inscription Osmont renouvelée en 1872. Ce dernier n'est pas appelé lors du paiement du prix et réclame des dommages-intérêts au conservateur en réparation du préjudice qu'il a subi. Les parties reconnaissent que l'inscription Osmont n'a pas figuré dans l'état par suite d'une erreur dans le bordereau de renouvellement, qui porte section E du cadastre au lieu de section C. Le conservateur n'était donc pas en faute; il était resté complètement étranger à la rédaction du bordereau et il ne pouvait pour la délivrance de l'état sur transcription que se conformer aux réquisitions des parties et aux inscriptions relatées et transcrites sur ses registres. Le sieur Osmont fut donc débouté de sa demande.

Ajoutons que le rôle des conservateurs étant tout passif, ils ne sont pas obligés d'avertir les parties de l'irrégularité des renouvellements qu'on requiert d'opérer (1).

D'une manière générale on peut dire, en ce qui concerne les omissions faites dans un état d'inscriptions, que la responsabilité du conservateur n'est

(1) Paris 26 janvier 1872, D. P. 72, 2, 121; Cass. 25 novembre 1872, S. 73, 1.65.

pas douteuse; elle est écrite dans la loi, et les juges ne peuvent l'écarter que dans les cas, ainsi que nous venons de le voir, où l'erreur commise provient de désignations insuffisantes et non imputables au conservateur.

Quelles sont les personnes qui ont le droit de rechercher le conservateur à raison d'omissions ou de défaut de mention dans les états par lui délivrés d'une ou de plusieurs inscriptions existantes ?

La responsabilité du conservateur peut être invoquée par tous ceux qui ont droit de requérir les certificats, c'est-à-dire aussi bien par les créanciers chirographaires que par les créanciers hypothécaires, à la seule condition de justifier du préjudice résultant pour eux de la faute du conservateur (1).

Le conservateur des hypothèques peut-il refuser de délivrer un état restreint à une seule inscription déterminée ?

Non, il ne saurait se refuser à cette délivrance en prétendant qu'il ne peut délivrer qu'un état complet. Cette solution est aujourd'hui constante (2).

Mais le conservateur est-il fondé à résister à la réquisition qui lui est faite de délivrer un certificat constatant le renouvellement ou le non-renouvellement d'une inscription ?

L'affirmative a été admise par une décision du ministre des finances du 15 septembre 1829. (Instruction de la régie du 29 décembre suivant, n° 1303 § 3). L'opinion contraire est consacrée à bon droit, selon

(1) Tribunal civil Seine, 28 Décembre 1886, S. 88, 2, 243.

(2) Caen 26 Décembre 1858, S. 49, 2, 669; Cass. 26 juillet 1859, S. 59 1, 641; Pont, n° 1441.

nous, par la jurisprudence (1). Elle est conforme aux prescriptions de l'article 2196 C. Civ. qui édicte d'une manière absolue que les conservateurs sont tenus de délivrer copie des inscriptions existantes ou certificat qu'il n'en existe pas ; d'où il suit nécessairement que toute personne peut, en désignant une ou plusieurs inscriptions, en obtenir copie, que l'inscription soit primitive ou renouvelée.

On peut arriver plus facilement au but proposé en demandant, non un certificat de renouvellement ou de non-renouvellement, mais la copie de l'inscription primitive dont on indique la date, le volume et le numéro, et de son renouvellement, s'il y a lieu. Cette copie, que le conservateur ne peut refuser, constate nettement si l'inscription a été ou non renouvelée.

Il nous reste à examiner brièvement à qui incombent les frais du renouvellement et quels sont les droits auxquels le renouvellement donne ouverture.

La disposition de l'article 2155 du C. civil, portant que les frais des inscriptions hypothécaires sont à la charge du débiteur, est générale et s'applique aux inscriptions en renouvellement aussi bien qu'aux inscriptions originales. Si on a contesté quelquefois le droit du créancier à la répétition des honoraires du bordereau, c'est quand il fait lui-même le renouvellement ; mais le débiteur qui renouvelle n'a pas le droit de les réclamer.

Les bordereaux de renouvellement sont soumis au timbre, mais ne sont point soumis à l'enregistrement.

(1) Tribunal du Blanc, 2 juin 1868. J. Pal. 1868, 860 ; Bourges, 5 novembre 1869 J. Pal. 70, 199

Il résulte d'une solution de la Régie, en date du 12 juin 1863, que les bordereaux de renouvellement peuvent être écrits à la suite des bordereaux primitifs.

Il est constant que le droit proportionnel est exigible pour les renouvellements d'inscriptions hypothécaires ; cela résulte de deux décisions du ministre des finances, la première en date du 29 juillet 1806 ; la seconde, du 5 juillet 1809.

Le droit proportionnel auquel donne lieu le renouvellement d'inscription est un droit de un pour mille (1 ‰) plus les décimes et perçu de vingt francs en vingt francs, au profit du Trésor, sur le montant du capital de la créance.

Le droit de 1 ‰ n'est pas dû sur les intérêts et arrérages à échoir ni sur le frais à faire, mais il est dû sur les intérêts échus et les frais faits. (Solutions de la régie des 6 février et 15 mars 1886).

Il n'est payé qu'un seul droit pour chaque créance, quel que soit le nombre des créanciers et celui des débiteurs. (Art. 21 de la loi du 21 ventôse an VII).

Il y a lieu de percevoir de nouveau le droit de 1 pour 1000 sur l'inscription prise tant comme inscription première et pour servir de renouvellement à une précédente inscription prise plusieurs mois auparavant, que pour opérer la rectification d'une erreur commise dans cette inscription. (Solution du 9 janvier 1874.)

Mais si une seconde inscription est prise uniquement pour rectifier une erreur commise dans la première, elle est exempte du droit de 1 ‰ (Décision du ministre des finances du 16 avril 1816 ; solution Enr. 16 septembre 1891). En pareil cas la seconde

inscription qui rectifie, se lie à la première inscription qui était à rectifier; elles ne font ensemble qu'une inscription dont la durée part toujours de la première date.

La déclaration de subrogation ne donne lieu à aucun droit; ainsi quand le cessionnaire d'une créance se borne à requérir la mention du transport en marge de l'inscription, le droit n'est pas dû. Mais, d'après une décision du Ministre des finances du 28 pluviôse an IX, si une inscription est prise au profit du cessionnaire sous la forme d'un renouvellement, le droit est dû.

Le droit de 1 ‰ n'est pas immédiatement perçu, quand il s'agit d'inscriptions indéfinies prises pour la conservation d'un droit d'hypothèque éventuelle, sans créance existante. Il en est ainsi de celles prises par la femme ou par un cessionnaire contre le mari; par un mineur contre son tuteur. Mais si en renouvelant l'inscription de droits d'abord indéterminés, le bordereau faisait connaître que ces droits sont liquidés, et en fixait le montant, le conservateur non-seulement percevrait les droits, mais réclamerait ceux de l'inscription primitive.

Indépendamment du droit proportionnel de 1 ‰, le renouvellement d'inscription donne encore lieu à la perception de :

Un droit de timbre de registre sur lequel l'inscription est transcrite.

Et un salaire de un franc fixe au profit du conservateur (1).

Art. 10 et 16, loi 21 ventôse an VII; décret du 21 septembre 1810; art. 60, loi 28 avril 1816; art. 5, loi du 23 août 1870.

La mention de subrogation faite en marge de l'inscription, donne droit à un salaire. Pour les inscriptions renouvelées, la mention de subrogation ne doit être faite qu'en marge de la dernière inscription ; dès lors il n'est dû qu'un salaire.

Le conservateur qui renouvelle une inscription d'hypothèque conventionnelle et légale prise par le même bordereau, n'a droit qu'à un seul salaire de 1 fr. (Décision de l'enregistrement du 25 juin 1887 ; Inst. Régie du 10 août 1888).

L'inscription du privilège du vendeur renouvelée n'est plus une inscription d'office, puisque le renouvellement est provoqué par le créancier lui-même ; elle rentre dans la classe des inscriptions ordinaires. Elle doit être requise dans la même forme et se trouve passible du droit proportionnel et du salaire du conservateur.

La radiation d'une inscription donne lieu à un salaire de un franc. Lorsqu'une inscription, renouvelée plusieurs fois, est radiée, le conservateur doit opérer la radiation sur le dernier renouvellement ; il n'a droit qu'à un salaire, même lorsqu'il émarge les inscriptions précédentes de la date de cette radiation. (Solution du 14 mai 1862). Mais si les parties, après la radiation du dernier renouvellement, demandaient, en vertu d'un autre acte, la radiation de l'inscription primitive, il serait dû un nouveau salaire.

Telle est, en résumé, la législation fiscale qui règle le renouvellement des inscriptions hypothécaires.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le consentement des parties ne suffit pas à la formation du mariage.

II. — La *capitis deminutio* n'implique pas nécessairement un amoindrissement de la personnalité juridique.

III. — L'action *præscriptis verbis* est toujours de bonne foi.

IV. — Sous Justinien, le pécule *castrense* du fils décédé intestat est recueilli par le père à titre de succession.

DROIT CIVIL

I. — Le défaut de publication en France du mariage contracté par un Français à l'étranger, ne peut entraîner la nullité de ce mariage.

II. — Un enfant naturel ne peut être adopté par son père ou par sa mère qui l'a reconnu.

III. — L'acte sous seing privé, qui n'a pas été dressé en plusieurs originaux, ne peut servir de

commencement de preuve par écrit à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale.

IV. — La séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable et complet privilège, en ce sens qu'elle confère un simple droit de préférence aux créanciers de la succession, sans leur donner un droit de suite sur les immeubles héréditaires aliénés par l'héritier.

DROIT COMMERCIAL

I. — Dans les sociétés commerciales, les créanciers personnels d'un des associés peuvent invoquer à l'encontre des créanciers sociaux la nullité résultant du défaut de publicité.

DROIT CONSTITUTIONNEL

II. — Si on excepte la forme républicaine qui, aux termes de l'article 2 de la loi du 14 août 1884, ne peut pas être remise en question, les pouvoirs de révision de l'Assemblée nationale sont illimités même dans le cas où les points à réviser ont été indiqués dans les délibérations préalables des deux Chambres.

III. — Le Sénat a le droit d'amendement en matière budgétaire.

DROIT PÉNAL

IV. — La condamnation par contumace à une peine criminelle afflictive n'entraîne pas l'interdiction légale du condamné.

Vu :

Le Professeur, Président de la Thèse,
Jules CABOUAT

Vu :

Le Doyen de la Faculté
Edmond VILLEY

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Caen,
E. ZEVORT

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION.	Pages.
Développement historique de la notion de faute dans le droit primitif de Rome	7
CHAPITRE I. — De la faute envisagée d'une manière générale comme source de la responsabilité.	58
CHAPITRE II. — De la place qu'il faut assigner à la faute parmi les modes d'inexécution des contrats	62
CHAPITRE III. — En quoi la faute contractuelle se différencie de la faute aquilienne	69
CHAPITRE IV. — Définition de la faute contractuelle. Ses principaux caractères. Ses divisions.	78
CHAPITRE V. — Recherche de la véritable théorie romaine sur la prestation des fautes. Exposé des divers systèmes	88
CHAPITRE VI. La convention des parties peut toujours modifier les principes ordinaires de la responsabilité contractuelle	123
CHAPITRE VII. Règles de la prestation des fautes. Discussion des textes d'Ulpien.	130
CHAPITRE. VIII. — Classification des contrats et quasi-contrats au point de vue de la responsabilité. . .	142
CHAPITRE IX. — De la responsabilité du débiteur dans les contrats de droit strict	184

DROIT FRANÇAIS

	Pages.
INTRODUCTION HISTORIQUE.	189
CHAPITRE I. — Utilité du renouvellement	202
CHAPITRE II. — Calcul du délai de dix ans	218
CHAPITRE III. — Quelles inscriptions doivent être renouvelées?	244
CHAPITRE IV. — Des personnes qui doivent ou qui peuvent requérir le renouvellement. Au nom de qui peut-on renouveler? Où doit-on renouveler?	259
CHAPITRE V. — De la responsabilité des officiers ministériels chargés par les parties intéressées d'opérer le renouvellement des inscriptions	270
CHAPITRE VI. — Formalités du renouvellement	305
CHAPITRE VII. — A quelle époque l'inscription ayant produit son effet légal cesse-t-elle d'être soumise à l'obli- gation du renouvellement?	334
CHAPITRE VIII. — Des effets du renouvellement et des conséquences de l'omission de cette formalité.	397
CHAPITRE IX. — Des personnes qui peuvent se prévaloir du défaut de renouvellement.	436
CHAPITRE X. — Des droits et devoirs du conservateur des hypothèques en matière de renouvellement d'inscrip- tions	447
POSITIONS	463
